

Publicato il 09/05/2022

N. 00632/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01262/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1262 del 2016, proposto da Mediterranea Strade s.r.l. Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

per la condanna

al risarcimento per equivalente monetario del danno derivante dalla mancata aggiudicazione dell'Accordo quadro indetto da ANAS SpA Uffici per l'autostrada SA-RC per l'affidamento dei "lavori di manutenzione delle pavimentazioni e della relativa segnaletica orizzontale sulla rete stradale di ANAS SpA Regione Puglia - Centri manutentori A e B di Foggia" (CIG

6513055702), illegittimamente aggiudicato a CO.GE.STRA. SRL, per quanto già accertato con sentenza definitiva TAR Puglia, sez. II, n. 695/16.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 9 novembre 2021 l'avv. Donatella Testini.

L'udienza si tiene mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art.13-quater disp. att. c.p.a.

È collegata l'avv. Francesca Giannulli, su delega dell'avv. Valeria Pellegrino, mentre si dà atto a verbale della presenza dell'avv. dello Stato a seguito del deposito di richiesta di passaggio della causa in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel presente giudizio Mediterranea strade s.r.l. Costruzioni Generali agisce per sentir condannare A.N.A.S. s.p.a. al risarcimento per equivalente del danno derivante dalla mancata aggiudicazione della gara bandita in data 18 dicembre 2015 per la conclusione dell'accordo quadro avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori di manutenzione delle pavimentazioni e della relativa segnaletica orizzontale, affidati, invece, a Co.Ge.Str. s.r.l.

Il criterio di aggiudicazione previsto è quello del prezzo più basso mediante ribasso unico sull'elenco prezzi ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 163/2016, applicabile *ratione temporis* e c.d. taglio delle ali ex artt. 86, comma 1, e 122, comma 9, con esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

Più precisamente, il punto IV.2 del bando prevede che “in presenza di un numero di offerte valide inferiore a 10 non si procederà all'esclusione automatica fermo restando il potere della stazione appaltante di valutare la congruità delle offerte ritenute anormalmente basse”.

Alla gara hanno partecipato 54 imprese, fra cui la ricorrente.

Alla prima seduta di gara, sono state escluse 4 imprese, fra cui, per quel che qui più rileva, Verrastro Roads Group & General Construction s.r.l.

Verrastro, in particolare, è stata esclusa sul presupposto della non immediata efficacia del contratto di avvalimento stipulato con Europa strade s.r.l. in forza della clausola contenuta nell'art. 6 del suddetto contratto.

La soglia di anomalia calcolata ai sensi dell'art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 è risultata pari alla percentuale di ribasso del 34,256% sicché la ricorrente, avendo formulato un ribasso del 34,2973% è stata automaticamente esclusa.

Co.Ge.Str. s.r.l., con un ribasso del 34,2138%, si è vista aggiudicare la gara con provvedimento dell'8 marzo 2016.

Con ricorso iscritto al numero di registro generale 403 del 2016 di questo Tribunale, l'esclusa Verrastro s.r.l. ha impugnato gli esiti della gara.

Con sentenza n. 695 del 23 maggio 2016, il ricorso è stato accolto con conseguente annullamento dell'esclusione e dell'aggiudicazione in favore di Verrastro.

Come comunicato con nota del 26 maggio 2016, in esecuzione della suindicata sentenza, la Commissione si è riunita il 30 maggio 2016 per la riapertura delle operazioni di gara.

Riammessa in gara Verrastro, la Commissione ha aperto la relativa offerta. Il ribasso offerto è risultato pari al 34,1671%, dunque più basso rispetto a quello dell'originaria aggiudicataria Co.Ge.Str.

La Commissione "tenuto conto che, ai sensi dell'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, la soglia dell'anomalia non può comunque variare" ha confermato "l'aggiudicazione provvisoria della gara in oggetto in favore della Co.Ge.Str. s.r.l. con il ribasso percentuale unico rispetto all'elenco prezzi posto a base di gara del 34,2138% su tutti i prezzi posti a base di gara".

L'aggiudicazione è poi divenuta definitiva e Verrastro si è classificata seconda.

Con il presente mezzo di tutela, la ricorrente deduce che se la Commissione avesse ammesso fin dall'inizio la Verrastro s.r.l. la soglia di anomalia sarebbe risultata pari al 34,304% ed essa sarebbe risultata aggiudicataria e chiede la condanna di ANAS al risarcimento dei danni, quantificati in euro 407.750,00. ANAS, infatti, anche successivamente all'annullamento in sede giurisdizionale dell'esclusione di Verrastro ha continuato a considerare la soglia di ribasso già determinata, con la conseguenza che la ricorrente non è risultata aggiudicataria pur avendo offerto un ribasso del 34,2973%.

Conclude per l'accoglimento della domanda risarcitoria.

Si è costituita in giudizio ANAS s.p.a., ampiamente argomentando l'infondatezza dell'avversa pretesa e invocando l'infondatezza della domanda.

Previo deposito di ulteriori memorie e documenti, la causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 9 novembre 2021.

2.1 In sede di riapertura delle operazioni di gara, come si è detto, la Commissione ha fatto applicazione del noto principio della stabilità della soglia di anomalia e dell'irrelevanza delle sopravvenienze pur se determinate da vicende giudiziarie.

L'art. 38, comma 2 bis, del previgente codice dei contratti pubblici stabilisce, infatti, che "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte."

Il principio d'invarianza, confermato dall'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, come è noto, è rivolto a garantire "continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba

retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche” (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 ottobre 2020, n. 6542 e precedenti ivi richiamati).

È altresì noto che la disposizione mira a “paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti”, in particolare al fine di “evitare che concorrenti non utilmente collocati in graduatoria promuovano giudizi meramente speculativ[i] e strumentali, e mosse ‘dall’unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest’ultima traendone vantaggio’ (così Cons. Stato, V, 30 luglio 2018, n. 4664, cui aderisce Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013; cfr. inoltre Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579)” (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117).

Inoltre, la norma è rivolta a garantire “continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4286; Id., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579)” (Cons. Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2257).

2.2 È indubbio, e peraltro non contestato dalla ricorrente, che nel caso di specie l'applicazione del principio in discorso sia stata corretta.

Nè può farsi questione, ammesso che ciò sia rilevante, di un eventuale intento speculativo dell'impugnazione proposta da Verrastro in quanto la

sentenza n. 695 del 2016, passata in giudicato, ha dichiarato la sussistenza del relativo interesse. E soprattutto in quanto ha ottenuto l'effetto favorevole di classificarsi seconda, avendo presentato un'offerta valida.

Parimenti pacifico è che se ANAS non avesse illegittimamente escluso Verrastro, la ricorrente si sarebbe classificata prima in graduatoria, con evidente elevata probabilità di aggiudicarsi la gara.

Deve dunque ritenersi sussistente il nesso di causalità tra la condotta dell'amministrazione e l'evento di danno.

2.3 Il principio d'invarianza non può ritenersi idoneo ad escludere anche la tutela risarcitoria del concorrente danneggiato dall'illegittima esclusione di un altro operatore economico.

Il Collegio, infatti, condivide l'orientamento secondo il quale "Per evitare qualunque dubbio di legittimità costituzionale, va precisato che per l'interessato – ostacolato dalla norma nell'acquisire il bene della vita cui aspirava (ossia l'aggiudicazione, la stipulazione e l'esecuzione) – resta impregiudicata la possibilità del rimedio risarcitorio per equivalente nonché le connesse responsabilità dell'amministrazione e dei funzionari per il loro operato. Peraltro, concentrando la tutela sul risarcimento del danno per equivalente, si estende l'applicazione di istituti già sperimentati in altri settori, seppure sotto diverso aspetto (si veda, ad esempio, l'art. 125, commi 3-4, c.p.a.)": C.G.A.R.S. n. 740/2015.

Il principio d'invarianza, inoltre, è applicabile a qualsiasi ragione di esclusione di un concorrente dalla gara (cfr., TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, n. 857 del 2020) e dunque anche per le questioni inerenti il contratto di avvalimento che avevano condotto all'esclusione di Verrastro.

3. Quanto agli ulteriori presupposti necessari all'accoglimento della domanda risarcitoria, rileva il Collegio che la responsabilità per danni conseguiti alla mancata aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità civile, in tale settore, è improntata a un modello di tipo oggettivo, coerente con

l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 8148 del 2021).

4. La preventiva mancata instaurazione di rimedi da parte della ricorrente non integra gli estremi della condotta idonea ad escludere la responsabilità in quanto da un lato essa non avrebbe potuto insorgere avverso l'esclusione della Verrastro, dall'altro l'impugnativa della seconda aggiudicazione in favore di Co.Ge.Stra. sarebbe stata destinata ad un esito sfavorevole, essendone indubbia la correttezza.

D'altro canto, il provvedimento illegittimo foriero del danno lamentato è l'esclusione originaria di Verrastro, non l'attività conseguente al suo annullamento in sede giurisdizionale.

5. ANAS deduce che non è affatto detto che la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria, in quanto avrebbe dovuto effettuare le successive verifiche in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati in sede di gara.

La deduzione non inficia l'accoglimento della domanda in quanto il danno risarcibile va limitato alla chance di aggiudicazione del contratto.

Occorre, infatti, riconoscere all'interessata il controvalore della mera possibilità - già presente nel suo patrimonio - di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio e, pertanto, l'an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell'accertamento del nesso causale tra la condotta antiggiuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità. La tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l'esistenza della chance come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il 'valore' economico della stessa, in sede di liquidazione del 'quantum' risarcibile. Con l'avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 6268 del 2021).

Le controdeduzioni della ricorrente circa la sussistenza dei requisiti dichiarati in gara, supportati dalla correlata documentazione, valgono dunque ad elevare la frazione di probabilità.

6. Il danno risarcibile va dunque liquidato come segue.

6. 1 Va respinta la voce riferita al danno curriculare per mancato assolvimento del relativo onere probatorio.

La ricorrente non ha dimostrato che la mancata integrale aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto oggetto del presente giudizio le ha precluso di acquisire ulteriori aggiudicazioni (di pari o superiore rilievo), né ha specificato quali sarebbero state le negative ricadute che il mancato affidamento ha cagionato, in termini di minore capacità competitiva e reddituale, sulle sue credenziali tecniche e commerciali, essendosi limitata, tramite il rimando alla relazione tecnica di parte, ad una generica deduzione sul punto.

Da tali elementi dimostrativi non può prescindersi, essendosi la più condivisibile giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017 n. 2; Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2019, n. 2435) attestata nel ritenere necessaria la comprova specifica e circostanziata del profilo di danno c.d. curriculare.

L'unica voce di pregiudizio risarcibile risulta essere, pertanto, quella relativa alla perdita dell'utile, che è una lesione connessa, in via immediata e diretta, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. alla mancata integrale esecuzione del contratto di appalto e la cui entità si presume correlata all'offerta presentata in gara, ovvero al margine positivo in essa incorporato, quale differenza tra costi e ribasso sulla base d'asta.

Ne consegue che non può trovare ingresso la quantificazione rapportata alla misura percentuale del 4,4% dell'importo in quanto parametrata sulla mancata integrale esecuzione del contratto e non sulla chance di eseguirlo.

Nella specie, tuttavia, in assenza di allegazioni ulteriori, che consentano la quantificazione di tale voce, non resta, per la liquidazione del mancato utile

da attribuire alla ricorrente, a titolo risarcitorio, che fare ricorso alla tecnica, propria del danno da illegittimità provvedimento, della c.d. condanna sui criteri prevista dall'art. 34, comma 4, c.p.a. (vedi Consiglio di Stato, III, 5 marzo 2020, n. 1607), stabilendo che la probabilità di aggiudicazione va rapportata alla misura del 70%.

Per l'effetto va ordinato alla stazione appaltante di proporre alla ricorrente il pagamento di una somma, a titolo di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione dell'appalto in questione nella percentuale di utile determinato sulla base del ribasso del prezzo offerto dall'impresa in gara ridotta del 30%.

Tale importo dovrà essere decurtato dell'eventuale *aliunde perceptum* conseguito dall'impresa nell'esecuzione di altri lavori durante il tempo di svolgimento del contratto di cui è causa; a tal fine, l'impresa fornirà alla stazione appaltante i dati relativi ai lavori assunti nel periodo di durata del contratto.

A ciò dovranno aggiungersi le spese di partecipazione alla gara documentate.

La somma così individuata dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria, e degli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

All'amministrazione soccombente è assegnato il termine di 120 giorni dalla comunicazione in via amministrativa, o se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza, per formulare alla ricorrente una proposta contenente la somma liquidata a titolo di risarcimento.

Concludendo, in forza di quanto esposto, il ricorso è fondato e va accolto; per l'effetto va condannata ANAS a risarcire il danno secondo i criteri prima indicati.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e condanna ANAS s.p.a. al risarcimento del danno, nei termini e secondo i criteri di cui in motivazione.

Condanna ANAS s.p.a. alla rifusione delle spese di giudizio in favore della ricorrente, che liquida nella misura di euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Cocomile, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Francesco Cocomile

IL SEGRETARIO