



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dall'ENTE AMBITO N. 6 – CHIETINO, in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'Avv. Pierluigi Maria Tenaglia con domicilio eletto in Roma viale delle
Milizie n. 106 presso l'Avv. Domenico Bellantoni;

contro

SOC. C. LOTTI & ASSOCIATI SOCIETA' DI INGEGNERIA P.A., in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli
Avv.ti Daniele Vagnozzi e Giulio Cerceo con domicilio eletto in Roma via
L. Bissolati, 76, presso l'Avv. Daniele Vagnozzi – Studio legale Villata e
Associati;

e nei confronti

IDROSFERA S.R.L. IN PR. E N.Q. MANDATARIA CAPOGRUPPO
A.T.I. con IMPRESE IDROSTRADE INGEGNERIA SRL e SIF S.R.L., in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'Avv. Antonio Boschetti con domicilio eletto in Roma via Albalonga n.
7, presso l'Avv. Clementino Palmiero;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo,

N.213/08

Reg.Dec.

N. 5066 Reg.Ric.

ANNO 2007

Disp.vo 532/2007

Sezione di Pescara, n. 373/07 pubblicata il 3-4-2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati e i ricorsi in appello incidentale;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di SOC. C. LOTTI & ASSOCIATI SOCIETA' DI INGEGNERIA P.A., IDROSFERA S.R.L. IN PR. E N.Q. MANDATARIA CAPOGRUPPO A.T.I. con IMPRESE IDROSTRADE INGEGNERIA SRL e SIF S.R.L.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20-11-2007 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Tenaglia, l'Avv. Vagnozzi e l'Avv. Masini per delega dell'Avv. Boschetti;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 6 aprile 2005, l'Ente Ambito n. 6 – Chietino ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento dei servizi inerenti la mappatura delle reti idriche, la ricerca ed il recupero delle perdite nei Comuni di Lanciano, Ortona, Vasto, Casoli e Casalbordino, da aggiudicarsi a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23, I comma, lettera b), del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, con i criteri specificati al punto 5 del Disciplinare di Gara.

Con determinazione del 19 aprile 2006, n. 21, il Responsabile dei servizi dell'Ente Ambito n. 6 – Chietino ha aggiudicato la gara in via definitiva all'a.t.i. costituita tra le società Idrosfera s.r.l. (mandataria),

Idrostrade Ingegneria s.r.l. e S.I.F. s.r.l. (punti 84,09), mentre la Società C. Lotti & Ass.ti Società di Ingegneria p.a. si è classificata al secondo posto della graduatoria (punti 80,50).

Con sentenza n. 373/2007 il Tar per l'Abruzzo, dopo aver respinto alcune eccezioni pregiudiziali, ha accolto il ricorso della società Lotti, ritenendo assorbente e fondato il motivo relativo alla carenza di motivazione in ordine all'attribuzione dei punteggi, ed ha accolto la domanda di risarcimento del danno, quantificato, a titolo di responsabilità precontrattuale, in Euro 35.000.

L'Ente Ambito n. 6 – Chietino ha impugnato tale decisione e si sono costituite in giudizio, proponendo entrambe ricorso in appello incidentale, la società Idrosfera s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Idrostrade Ingegneria s.r.l. e S.I.F. s.r.l. e la Società C. Lotti & Ass.ti Società di Ingegneria p.a..

Con ordinanza n. 4085/2007 questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia dell'impugnata sentenza ed ha disposto in via istruttoria l'acquisizione del fascicolo di primo grado e di una relazione dall'Ente appellante, comprensiva dei seguenti elementi: a) il nominativo della persona fisica che ha predisposto gli elaborati di gara e i relativi files (con dichiarazione attestante tale circostanza resa da tale soggetto); b) le modalità di pubblicazione degli atti di gara on line; c) una spiegazione in ordine alle contestazioni mosse con riguardo alla "proprietà" dei file in questione; d) una dichiarazione del responsabile del procedimento attestante l'assenza di rapporti tra l'Ente e la società Idroservizi.

Espletata l'istruttoria, alla odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dal contestato esito di una procedura di gara per l'affidamento di servizi inerenti la mappatura delle reti idriche e la ricerca ed il recupero delle perdite di tali reti.

La sentenza con cui il Tar ha accolto il ricorso della seconda classificata, condannando l'Ente al risarcimento del danno è stata contestata da tutte le tre parti del giudizio di primo grado.

Si tratta di tre appelli autonomi, i quali hanno assunto la sola forma dell'appello incidentale perché proposti dopo la notificazione dell'appello principale dell'Ente Ambito n. 6 – Chetino.

Deve, quindi, essere seguito un ordine logico per stabilire il criterio di priorità nell'esame delle censure.

3. Seguendo l'ordine logico, è prioritario l'esame del primo motivo proposto in appello dalla società Lotti, avente ad oggetto l'ordine seguito dal Tar nell'esaminare i motivi del ricorso di primo grado e l'erroneo assorbimento dei motivi ulteriori rispetto a quello accolto.

Da tale ordine di esame delle censure dipende, infatti, anche la rilevanza delle diverse censure di tardività del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti, sollevate dalle altre due parti appellanti.

Il motivo è fondato.

Il giudice di primo grado ha esaminato una sola censura proposta dalla società Lotti, relativa al difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi, ritenendola fondata ed assorbendo gli altri motivi.

La società Lotti aveva proposto diverse altre censure, riguardanti la mancata esclusione della prima classificata ed aveva indicato tali censure in ricorso prima di quella accolta (IV motivo).

L'ordine del giudice di esaminare le censure non può prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e comporta la necessità di esaminare prima quelle censure, da cui deriva un effetto pienamente satisfattivo della pretesa del ricorrente.

E' evidente che in presenza di un motivo diretto ad escludere il primo classificato di una gara di appalto e di altro motivo tendente ad una rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara, solo l'accoglimento della prima censura soddisfa l'interesse della seconda classificata ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

Tali censure dovevano quindi essere esaminate per prime.

Peraltro, anche seguendo un diverso ordine, risulta errato il disposto assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso; infatti, quale sia l'ordine di esame dei motivi, il giudice è tenuto a proseguire tale esame finché è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente.

Non era proprio questo il caso, come dimostra il fatto che la domanda risarcitoria sia stata poi solo in parte accolta in quanto "avendo il vizio in parola travolto l'intera gara, non [può] ritenersi che la ricorrente sarebbe risultata di certo aggiudicataria della gara".

Ma il mancato accertamento dell'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente è dipeso proprio dall'omesso esame delle censure, con cui

questa, seconda classificata, intendeva contestare la non avvenuta esclusione della prima in graduatoria.

La prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi del ricorso, che già in precedenza poteva condurre a risultati errati, deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto, per assorbire un motivo, deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio.

Va, infine, rilevato che il mancato esame delle prime censure non può essere escluso in quanto – come affermato dal Tar – “occorrerebbe svolgere un'ulteriore attività istruttoria”, in quanto in alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di economia processuale possono condurre ad una limitazione della tutela.

Avrebbe, quindi, dovuto il giudice di primo grado svolgere quell'attività istruttoria, che è stata poi disposta in questa sede di appello con la già richiamata ordinanza.

La fondatezza di tale motivo conduce ad esaminare in via prioritaria le censure attinenti alla mancata esclusione dell'aggiudicataria, con la conseguenza che il motivo del ricorso di primo grado relativo ai punteggi sarà esaminato, unitamente alle contestazioni delle appellanti sul punto, solo in caso di rilevanza all'esito delle statuizioni sulle precedenti censure.

4. In relazione a tali motivi è prioritario l'esame dei motivi di appello con cui l'Ente Ambito n. 6 e l'aggiudicataria hanno eccepito la tardività dell'impugnativa di primo grado.

L'eccezione di tardività è infondata in relazione alle censure relative all'omessa esclusione dell'aggiudicataria.

Tali censure sono state in parte proposte con il ricorso introduttivo di primo grado (questione della asserita predisposizione degli elaborati di gara da parte della società Idroservizi) ed in parte con i motivi aggiunti (assenza del requisito del fatturato e violazione dell'art. 6, comma 8 della legge n. 415/98 e mancata produzione di documenti entro il termine di 15 giorni).

Con riferimento al ricorso introduttivo, premesso che correttamente la contestazione è stata mossa avverso l'aggiudicazione e non avverso l'atto, ancora non lesivo, dell'ammissione dell'aggiudicataria alla procedura, è infondata l'eccezione secondo cui il ricorso sarebbe tardivo perché la notificazione si è perfezionata dopo il termine di sessanta giorni decorrente dalla pubblicazione dell'atto impugnato all'albo dell'ente.

Infatti, anche senza dover entrare nel merito della questione dell'effettiva data di perfezionamento della notificazione, è sufficiente rilevare che costituisce principio pacifico quello secondo cui la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva non può essere ricondotta alla data di pubblicazione dello stesso, sussistendo un onere per le stazioni appaltanti di portare gli esiti delle procedure di gara a conoscenza dei concorrenti per mezzo di apposite comunicazioni (cfr., fra tutte, Cons. Stato, VI, n. 2445/2006; principio poi codificato dall'art. 11, comma 10, del D. Lgs. n. 163/2006).

Essendo richiesta la comunicazione individuale dell'atto di aggiudicazione, il termine per l'impugnazione non può farsi decorrere dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione.

Nessun rilievo assumono, quindi, le argomentazioni dell'aggiudicataria relative alla dedotta mancata annotazione delle ragioni per cui non era andato a buon fine il primo tentativo di notificazione nei suoi confronti.

Alcuna prova dell'effettiva conoscenza del provvedimento impugnato in data antecedente di sessanta giorni a quella della notificazione è stata data dalle parti, che hanno eccepito la tardività del ricorso e ciò è sufficiente per respingere l'eccezione e il relativo motivo di appello proposto dalla controinteressata.

5. Entrambe le parti hanno invocato la tardività dei motivi aggiunti proposti dalla società Lotti in primo grado.

Anche questa eccezione è infondata, quanto meno con riferimento all'aspetto – che qui ora interessa – delle contestazioni mosse alla mancata esclusione dell'aggiudicataria.

Infatti, la presenza del rappresentante dell'impresa Lotti alla seduta della Commissione dell'11-11-2005 (verbale n. 8) e l'avvenuta lettura in tale sede del verbale n. 7 non hanno determinato alcuna conoscenza dei profili di censura, sopra sintetizzati e relativi all'omessa esclusione dell'ATI Idrosfera.

Da tali verbali si ricavano elementi relativi all'attribuzione dei punteggi, ma non anche i suddetti ulteriori profili.

Né le controparti hanno dimostrato che la conoscenza di tali profili sia avvenuta prima dell'accesso agli atti di gara esercitato dalla società Lotti nel giugno del 2006.

6. Si può ora passare ad esaminare i motivi proposti dalla società Lotti e relativi all'omessa esclusione dell'ATI aggiudicataria.

Con una prima censura è stato dedotto che dalla consultazione del bando di gara pubblicato on line, è emerso che nella schermata relativa alle "proprietà" dei file in questione appariva "autore" del testo la società Idroservizi, che verserebbe in una situazione di "intreccio tecnico ed amministrativo" con la società aggiudicataria Idrosfera, con alterazione, quindi, della *par condicio* e dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento.

La Commissione di gara avrebbe superato tali rilievi senza svolgere un'adeguata istruttoria, ma limitandosi ad affermare che non era stato conferito un incarico esterno per la redazione del bando e che non risulterebbe alcun collegamento tra la società Idroservizi con le società partecipanti all'ATI vincitrice della gara.

Tale questione è stata oggetto di specifica richiesta istruttoria con la richiamata ordinanza della Sezione.

Gli elementi richiesti erano: a) il nominativo della persona fisica che ha predisposto gli elaborati di gara e i relativi files (con dichiarazione attestante tale circostanza resa da tale soggetto); b) le modalità di pubblicazione degli atti di gara on line; c) una spiegazione in ordine alle contestazioni mosse con riguardo alla "proprietà" dei file in questione; d) una dichiarazione del responsabile del procedimento attestante l'assenza di rapporti tra l'Ente e la società Idroservizi.

La circostanza dedotta dalla società Lotti è, infatti, del tutto anomala in una procedura di gara, dovendo essere attentamente verificato per quale

motivo nella schermata autore dei file degli atti di gara appaia il nominativo di una società, di cui si deduce il collegamento con la vincitrice e che comunque nulla dovrebbe a che fare con la stazione appaltante.

Non è dubitabile che nel file degli atti di gara, pubblicato on line, dalla schermata proprietà emerge come autore del file “Idroservizi”.

Tale elemento non era stato posto in dubbio in sede di gara e la commissione – come detto – si era limitata a contestare il collegamento tra l’aggiudicataria e la società risultante come autore del file.

Solo nell’ultima memoria, la controinteressata avanza l’ipotesi che il file non avesse tale nome nella schermata proprietà, che è modificabile da chiunque; senonché, tale giustificazione appare debole di fronte al fatto che già in sede di gara ben due concorrenti avevano rilevato tale elemento (v. verbale n. 8).

Le spiegazioni, peraltro solo parziali, fornite dell’Ente in risposta alla richiesta istruttoria della Sezione non sono idonee a fornire una giustificazione del suddetto elemento.

Secondo tali spiegazioni, gli atti di gara sarebbero stati redatti personalmente dal responsabile del procedimento e successivamente la pubblicazione sarebbe stata affidata alla ditta Info s.r.l., cui gli atti sarebbero stati consegnati nella sola versione cartacea. La pubblicazione on line sarebbe quindi avvenuta per iniziativa della Info s.r.l., che avrebbe anche provveduto a formare il file.

Si rileva innanzitutto come la risposta all’istruttoria sia stata solo parziale, non essendo stato allegato quanto richiesto al punto d) e non essendo a tal fine sufficiente la dichiarazione del responsabile unico del

procedimento ing. Palmerio, che nel frattempo ha interrotto i rapporti con l'Ente.

Tale parziale risposta può essere valutata ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. come elemento a carico dell'ente appellante.

Inoltre, è irrilevante il soggetto che ha provveduto alla pubblicazione su internet, in quanto l'inserimento on line degli atti di gara è comunque avvenuto per conto dell'ente, come dimostra la fattura del 31-5-2006, che include tra i servizi resi dalla Info s.r.l. all'ente l'inserimento dell'avviso sul sito internet "infopubblica".

Le prestazioni indicate in tale fattura non sono idonee a dimostrare che la formazione del file sia avvenuta da parte della Info s.r.l., essendo più ragionevole ritenere che l'ente, come avviene nei normali rapporti di collaborazione, abbia messo a disposizione della Info s.r.l. anche i file degli atti di gara.

In base a tali elementi continua a mancare una spiegazione del nome "Idroservizi" nella schermata autore del file.

Peraltro, la Commissione non sembra aver approfondito tale elemento, ma si è limitata a negare l'esistenza di un rapporto di collegamento tra aggiudicataria ed Idroservizi.

La società Lotti aveva, invece, introdotto specifici elementi idonei a dimostrare l'esistenza di rapporti tra Idroservizi e Idrosfera: entrambe le società, con sede in Campobasso, hanno come socio la Tecnosud s.r.l.; l'altro socio (nonché amministratore delegato e direttore tecnico) della Idrosfera (Tucci) ha svolto rilevanti compiti tecnici nella Idroservizi; altro soggetto (Luciani) è stato, seppur in periodi diversi, ai vertici societari delle

due s.r.l. (v. nota della società Lotti del 22-11-2005 e il prospetto riepilogativo all. 11, prodotto in primo grado con i relativi allegati, non smentiti dalle produzioni delle controparti).

Non si trattava in questo caso di verificare ai fini della partecipazione alla gara un collegamento tra le due società, ma di accertare rapporti tra le stesse, tenuto conto del fatto che una compariva come autore del file degli atti di gara con la conseguenza che la società Idrosfera avrebbe potuto conoscere anzitempo, e con vantaggio rispetto agli altri concorrenti, gli elementi necessari per la formulazione dell'offerta.

L'Ente appellante avrebbe dovuto o procedere ad escludere l'ATI, risultata poi aggiudicataria, o quanto meno accertare in via istruttoria in modo maggiormente approfondito le circostanze sopra indicate.

Ciò che non era consentito fare era ritenere legittima la partecipazione dell'ATI Idrosfera, in presenza dei gravi elementi dedotti dalla società Lotti.

Il motivo del ricorso in appello è, quindi, fondato.

7. Parimenti fondata è la censura, con cui la società Lotti ha dedotto la violazione dell'art. 3, lettere *h)* ed *i)* del disciplinare di gara, non possedendo l'ATI aggiudicataria i requisiti di fatturato, dichiarati attraverso l'illegittimo utilizzo dei requisiti di professionisti soci e direttori tecnici delle società. Ed ha anche dedotto la violazione dell'art. 6, comma 8, della L. 18 novembre 1998, n. 415 in considerazione della inapplicabilità della norma alla gara in questione.

Il bando di gara richiedeva una determinata soglia di fatturato globale negli ultimi cinque esercizi e di fatturato per prestazioni simili negli ultimi dieci esercizi.

Per raggiungere il fatturato minimo le società dell'ATI aggiudicataria si sono avvalse della disposizione dell'art. 6, comma 8, della L. 18 novembre 1998, n. 415, che prevede che “ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti di cui all'art. 17 della legge n. 109, come modificato dal presente articolo, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della presente legge, per un periodo di tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali; per le società costituite fino a tre anni prima della data di entrata in vigore della presente legge detta facoltà è esercitabile per un periodo massimo di tre anni da tale data”.

Gli affidamenti di cui all'art. 17 della legge n. 109, cui si applica la disposizione, sono quelli inerenti le attività di progettazione, direzione dei lavori e accessorie (Cons. Stato, V, n. 1996/03), mentre nel caso in esame si è al di fuori di tale ambito, trattandosi di attività di rilevazione (servizio di mappatura e ricerca perdite); né l'applicabilità della norma deriva dalla *lex specialis* della procedura, che in alcun modo richiama tale disposizione.

A tale elemento, che già determina l'insussistenza del requisito in capo all'ATI aggiudicataria e la sua conseguente necessaria esclusione dalla gara, si aggiunge che comunque la norma non determina l'acquisizione in via permanente dei requisiti dei direttori tecnici, ma consente ciò solo nel limitato periodo di un triennio dalla data di costituzione delle nuove società, già decorso nel caso di specie per la società Idrostrade, costituita il 31-1-2001 in relazione al bando pubblicato il 6-4-2005 (in senso conforme, v. Cons. Stato, V, n. 3840/2007).

Tenuto conto che non è contestato che l'ATI aggiudicataria non possedeva i requisiti di fatturato senza considerare quello del direttore dei lavori, la stessa andava esclusa dalla gara per l'assenza del predetto requisito, oltre che per la questione dei rapporti con la Idroservizi, in relazione alla quale – come già detto – l'Ente avrebbe quanto meno dovuto procedere ad accertamenti istruttori.

8. L'accoglimento di tali motivi del ricorso della società Lotti conduce ad accertare la fondatezza della pretesa di tale impresa, seconda classificata, a risultare aggiudicataria in conseguenza dell'esclusione della prima in graduatoria.

Il pieno effetto satisfattivo dell'accoglimento dei due motivi rende superfluo esaminare le altre censure, che devono, quindi, essere assorbite, non potendo derivare dall'esame di queste alcuna ulteriore utilità alla ricorrente.

Resta, quindi, assorbita anche la questione della motivazione dei punteggi attribuiti in sede di gara, che non avrebbe dovuto essere esaminata dal Tar, se avesse proceduto all'esame delle censure nell'ordine corretto; si

ricorda che la statuizione del Tar in ordine alla censura della motivazione del punteggio è da ritenersi caducata a seguito dell'accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale della società Lotti.

Ciò determina anche l'improcedibilità degli ulteriori motivi proposti con il ricorso in appello dall'Ente ambito n. 6 (ad eccezione di quello relativo al risarcimento del danno trattato di seguito) e con il ricorso in appello incidentale dell'ATI Idrosfera.

9. Passando appunto alla domanda risarcitoria, si rileva come a seguito dell'accertamento della fondatezza della pretesa della società Lotti ad essere l'aggiudicataria della gara sia venuto meno il presupposto su cui il Tar aveva fondato il parziale accoglimento della domanda a titolo di responsabilità precontrattuale (impossibilità di accertare che la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria della gara).

Ora tale prova è stata acquisita e si deve, quindi, esaminare la domanda risarcitoria per il danno derivante dalla mancata aggiudicazione della gara.

Tale danno si pone in rapporto di diretta causalità con illegittima mancata esclusione dell'ATI aggiudicataria e, anche sotto il profilo soggettivo, non può che rilevarsi la sussistenza della colpa dell'amministrazione appellante, con conseguente reiezione del relativo motivo di appello proposto dall'Ente Ambito n. 6.

Al riguardo, si ricorda che, secondo l'orientamento prevalente, al privato non è chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa della p.a.: può invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa o anche allegare circostanze ulteriori,

idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2006 n. 3981; 9 marzo 2007 n. 1114).

Nessuna di tali circostanze idonee ad integrare l'errore scusabile è presente nel caso di specie, dove anzi l'ente appellante si è reso responsabile quanto meno di una grave negligenza in sede di formazione degli atti di gara, oltre ad aver valutato in modo superficiale la sussistenza del requisito del fatturato in capo alla ATI aggiudicataria.

Con riferimento al rapporto tra l'azione risarcitoria e gli effetti conformativi dell'annullamento dell'aggiudicazione si rileva il contratto stipulato con l'aggiudicataria è stato (certamente almeno in parte) eseguito e che per la parte già eseguita non può che residuare la tutela risarcitoria, secondo i criteri che saranno di seguito indicati ai sensi dell'art. 35, comma 2, del D. Lgs. n. 80/1998.

La possibilità di indicare i criteri del risarcimento consente di prescindere dall'accertamento dell'esatto stato di esecuzione del contratto.

Tenuto conto che secondo la prevalente giurisprudenza la stipula del contratto non è di ostacolo al subentro del ricorrente in caso di annullamento dell'aggiudicazione (v., da ultimo, Cons. Stato, VI, n. 1523/2007 e Cass. Civ., I, n. 7481/2007) e non essendo rilevante in questa sede approfondire la

questione del tipo di vizio da cui è affetto il contratto, né quella di giurisdizione connessa, spetterà alla ricorrente Lotti scegliere se procedere al subentro nel contratto, qualora questo non sia stato ancora interamente eseguito, o se optare per il risarcimento del danno anche in relazione alla parte del contratto non eseguita.

Infatti, questa Sezione ha già affermato che spetta al ricorrente la scelta tra il conseguimento degli effetti della tutela demolitorio-conformativa e la tutela risarcitoria, nel caso, che qui ricorre, in cui comunque il bene della vita controverso è ormai conseguibile solo in parte (Cons. Stato, VI, 10 novembre 2004, n. 7256).

Infatti, mentre l'interesse originario della impresa è indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, quale identificato dal bando di gara, la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata introduce, invece, condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi, che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia con riguardo sia al diverso impegno di mezzi ed attrezzature, sia al mutato livello di remunerazione che ne può conseguire in relazione all'offerta presentata in sede di gara.

Del resto, la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale, del giudicato deriva anche dall'applicazione del principio di carattere generale, desumibile dall'art. 1181 c.c., secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto all'originaria configurazione del rapporto obbligatorio (ad un adempimento parziale è equiparabile la possibilità di consentire l'esecuzione solo parziale del contratto).

Deve, quindi, riconoscersi la possibilità per la ricorrente Lotti di optare per il solo risarcimento del danno, rinunciando ad avvalersi degli effetti conformativi del giudicato, non essendo l'esecuzione del giudicato più possibile in modo pieno.

Sulla base di tali ponderazioni questi sono i criteri, in base ai quali, l'ente appellante dovrà effettuare, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente decisione, la proposta di pagamento alla società Lotti a titolo risarcitorio:

a) nel caso in cui la società Lotti opti per il subentro nel contratto, dovrà essere corrisposta una somma pari al 10 % del valore della parte di contratto già eseguita, calcolata in base all'offerta presentata in sede di gara dalla ricorrente;

b) nel caso, invece, che la ricorrente scelga il solo risarcimento del danno, la suddetta percentuale del 10 % dovrà essere rapportata all'intero valore del contratto, come determinato alla luce dell'offerta presentata in sede di gara dalla stessa ricorrente.

La percentuale del 10 % si giustifica quale utile presuntivo dell'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004 n. 5012), non ricorrendo, in considerazione della peculiarità della fattispecie, i presupposti che hanno condotto questa Sezione in altre occasioni a ridurre tale percentuale (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

Tenuto conto del riconoscimento della percentuale "piena" del 10 %, l'importo dovrà ritenersi comprensivo di ogni voce di danno (compresa la lamentata mancata acquisizione dei requisiti di qualificazione e di

valutazione invocabili in successive gare) e già attualizzato alla data di pubblicazione della sentenza e su tale importo dovranno essere riconosciuti gli interessi legali da tale data di pubblicazione fino all'effettivo soddisfo.

In conclusione, l'appello incidentale proposto dalla società Lotti deve essere accolto nei sensi indicati in precedenza e deve essere confermato l'annullamento degli atti impugnati, seppur per diversi motivi rispetto a quelli accolti dal Tar.

Sempre in riforma dell'impugnata sentenza, l'ente appellante deve essere condannato al risarcimento del danno in favore della società Lotti secondo i sopra menzionati criteri ai sensi dell'art. 35, comma 2, del D. Lgs. n. 80/1998.

Devono, invece, essere in parte respinti e in parte dichiarati improcedibile i ricorsi in appello proposti dall'Ente Ambito n. 6 Chietino e dalla Idrosfera s.r.l., in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI aggiudicataria.

Alla soccombenza dell'Ente appellante e della controinteressata seguono le spese del presente grado di giudizio nella misura indicata in dispositivo (euro 7.000, oltre IVA e C.P., che ciascuna parte dovrà corrispondere alla società Lotti, in aggiunta a quanto statuito dal giudice di primo grado sulle spese giudiziali).

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, in parte respinge e in parte dichiara improcedibile il ricorso in appello principale proposto dall'Ente Ambito n. 6 Chietino e il ricorso in appello incidentale proposto dalla Idrosfera s.r.l., in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI;

Accoglie il ricorso in appello incidentale proposto dalla società LOTTI e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, conferma con diversa motivazione l'annullamento degli atti impugnati e condanna l'Ente ambito n. 6 Chietino al risarcimento del danno in favore della società Lotti nei termini di cui in parte motiva.

Condanna l'appellante principale e l'appellante incidentale Idrosfera al pagamento, in favore della società Lotti, delle spese di giudizio, liquidate in Euro 7.000,00 oltre IVA e CP, a carico di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma, il 20-11-2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Carmine Volpe	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere

ROBERTO CHIEPPA

Segretario

GIOVANNI CECI

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria