

**Consiglio di Stato, Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6686**

Contratti della P.A. – Illegittimità dell'aggiudicazione - Risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. subito dall'impresa privata dell'aggiudicazione – Quantificazione - Misura equitativa determinata in un importo pari al 5% della sua offerta.

**N. 06686/2010 REG. DEC.**

**N. 08010/2009 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

**DECISIONE**

sul ricorso r.g.n. 8010/2009, proposto dalla: Fidia Serramenti s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Castellaneta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, 2;

*contro*

comune di Gioia del Colle, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio Matarrese, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vincenzo Del Pozzo, in Roma, via L. Arbib Pascucci, 66;

*nei confronti di*

Tennis Tecnica s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, n.c.;

*per la riforma*

della sentenza del T.a.r. Puglia, Bari, sezione I, n. 00994/2009, resa tra le parti e concernente *l'aggiudicazione di una gara per la fornitura e la posa in opera dei serramenti esterni di una scuola elementare.*

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Gioia del Colle;

visti tutti gli atti e le memorie di causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2010, il Consigliere di Stato Aldo SCOLA ed uditi, per le parti, gli avvocati Adavastro, per delega di Castellaneta, e Matarrese;

ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

A) - L'originaria ricorrente ed attuale appellante, seconda classificata nella procedura aperta indetta dal comune di Gioia del Colle per la fornitura e posa in opera dei serramenti esterni presso la scuola elementare San Filippo Neri, impugnava la determinazione dirigenziale n. 112 del 21.5.2008 ed ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, come i verbali di gara dei giorni 6.5.2008, 8.5.2008, 12.5.2008 e 16.5.2008, con i quali l'appalto era stato aggiudicato alla Tennis Tecnica s.r.l., controinteressata, chiedendo pure l'accertamento del proprio diritto al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente monetario.

Deduceva: 1. eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto, difetto di istruttoria, erronea presupposizione, illogicità manifesta; 2. violazione degli artt. 2 e 3 d.lgs. n. 246/1993, e della direttiva CEE/ 106/1989; 3. violazione dell'art. 9, punto 3) del capitolato prestazionale e disciplinare di gara; violazione del principio

di *par condicio* tra i concorrenti, con richiesta di ristoro del danno conseguente alla mancata aggiudicazione, sulla base delle voci meglio specificate con la memoria conclusiva, consistenti nel danno emergente per le spese sostenute, nel mancato utile, nella mancata qualificazione e nel danno all'immagine.

Si costituivano, chiedendo il rigetto del gravame, il Comune di Gioia del Colle e la Tennis Tecnica s.r.l.; quest'ultima notificava pure un *ricorso incidentale*, lamentando l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Fidia Serramenti, per asserite carenze degli elaborati progettuali e della documentazione tecnica prodotta a corredo dell'offerta.

B) - I primi giudici *respingevano* il ricorso principale e dichiaravano *improcedibile* quello incidentale, prescindendo dall'esame delle questioni preliminari, con sentenza poi *impugnata* dalla società soccombente per la ritenuta superiorità della propria offerta (annoverante soluzioni idonee a garantire la minore dispersione invernale di calore ed il minore ingresso di calore estivo) rispetto a quella della Tennis Tecnica, neppure conforme agli standard accettati in sede nazionale e comunitaria; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e diritto, difetto istruttorio, erronea presupposizione e manifesta illogicità nel valutare i parametri di riferimento, molti dei quali superiori od eguali a quelli della controparte (cfr. C.S., sezione VI, dec. n. 4621/2007); violazione dell'art. 3, legge n. 241/1990, non essendo mancata neppure l'indicazione del controtelaio degli infissi, donde l'obbligo della p.a. (e non del destinatario) di motivare adeguatamente i suoi provvedimenti (cfr. C.S., sezione V, dec. n. 817/2008); violazione degli art. 2 e 3, d.lgs. n. 246/1993, e della direttiva CEE/106/1989, nonché difetto di motivazione riguardo alla (denegata) sussistenza dei requisiti essenziali degli infissi offerti dall'attuale appellata.

C) - Essendo stato già ultimata l'esecuzione dell'appalto in esame, l'attuale appellante chiedeva il risarcimento pecuniario *ex art. 2043, c.c.*, piuttosto che per

responsabilità contrattuale (cfr. Cass. civ., sez. un., sent. n. 157/2003, C.S., sezione V, dec. n. 3796/2002), con una liquidazione anche equitativa di quello sofferto per predisporre l'offerta (almeno il 2% di quest'ultima: cfr. C.S. sezione V, dec. n. 491/2008); un lucro cessante pari al 29,65% della propria offerta (= euro 102.584,47), secondo documentazione proveniente da terzi; un costo orario per operaio oscillante dai 21,00 (generico) ai 24,00 (specializzato) euro; un costo orario medio di ammortamento dei macchinari pari ad euro 21,00; un danno da mancata qualificazione pari ad euro 103.092,64; un danno all'immagine da quantificarsi equitativamente, prescindendosi dal 10% dei lavori non ancora eseguiti (integrante piuttosto una penale per recedere dal contratto prima della sua completa esecuzione).

Il comune appellato si costituiva in giudizio e resisteva al gravame, in particolare, eccependo la mancata impugnazione del disciplinare di gara ed il maggior dettaglio tecnico della documentazione prodotta dalla società appellata.

L'appellante Fidia depositava memoria finale, in cui ribadiva come alcune certificazioni prodotte dalla controinteressata risalissero a ben prima (1998) dell'approvazione dei test previsti dalla normativa UNI (2006).

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione.

## DIRITTO

I) - Il comune di Gioia del Colle, con bando pubblicato il 27.3.2008, aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento della fornitura e posa in opera di serramenti esterni presso la scuola elementare San Filippo Neri, con importo complessivo a base d'asta pari a euro 457.939,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 8 del disciplinare di gara aveva previsto i seguenti parametri di valutazione:

- prezzo offerto: fino ad un massimo di 25 punti;

- soluzioni e proposte migliorative finalizzate, in particolare, al contenimento dei consumi energetici (da valutarsi mediante il “confronto a coppie”): fino ad un massimo di 30 punti;
- costo e piano di manutenzione: fino ad un massimo di 25 punti;
- tempi di esecuzione: fino ad un massimo di 20 punti.

Al termine delle operazioni di gara descritte nei verbali impugnati, la commissione aveva attribuito il punteggio complessivo di 94,975 alla Tennis Tecnica s.r.l., prima classificata ed aggiudicataria.

La ricorrente Fidia Serramenti s.r.l. aveva conseguito il punteggio complessivo di 87,830 punti, risultando seconda in graduatoria.

II) - Con il primo motivo, l'attuale appellante lamentava che la Commissione di gara, nel valutare le soluzioni tecniche migliorative finalizzate al risparmio energetico con il metodo del confronto a coppie, le avrebbe ingiustamente attribuito soli 20 punti, a fronte dei 30 punti (il massimo previsto dal disciplinare) riconosciuti all'aggiudicataria, così determinando l'esito della gara, non apprezzandosi adeguatamente la netta superiorità del prodotto offerto dalla Fidia, desumibile dalle caratteristiche tecniche dettagliatamente enumerate, in base ad un giudizio inficiato dal rilievo erroneo in ordine alla tipologia del controtelaio, che per l'offerta della Fidia Serramenti s.r.l. era stato definito “non precisato” (cfr. tabella allegata al verbale n. 2 in data 8.5.2008), trascurando il fatto che le caratteristiche del “controtelaio in acciaio zincato da premurare” erano state specificate dalla ricorrente nell'elenco prezzi allegato all'offerta tecnica.

III) - Nell'ambito del sistema di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le valutazioni tecniche delle commissioni di gara sono espressione di ampia discrezionalità, suscettibili di sindacato solo nei limiti della manifesta illogicità (cfr. C.S., sez. VI, dec. 21 febbraio 2008 n. 616), la quale risulta, peraltro, palese nel caso in esame.

Le censure dedotte contenevano elementi specifici, idonei ad evidenziare profili di manifesta illogicità o travisamento, apprezzabili in sede di legittimità, essendosi argomentatamente affermata la superiorità della propria offerta tecnica, sotto il profilo delle migliorie finalizzate al contenimento dei consumi energetici.

In presenza di puntuali doglianze relative ai criteri assunti dalla commissione ed al regolare svolgimento delle operazioni di gara, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità avrebbe potuto e dovuto spingersi fino alla virtuale ripetizione delle operazioni valutative effettuate dalla p.a., così doverosamente rinnovando un inattendibile giudizio tecnico.

Quanto, poi, al lamentato travisamento delle caratteristiche del controtelaio, la società appellante aveva fornito adeguata prova di come tale elemento avesse da solo determinato la differenza di punteggio con la prima classificata, trattandosi di una delle nove voci oggetto di valutazione, ai fini dell'assegnazione di quello di 30/100 (cfr. tabella allegata al verbale n. 2).

IV) - A questo punto, la materia del contendere si riduce ai profili risarcitori, come precisato dalla stessa impresa appellante, che si richiama ai risultati dell'istruttoria di gara espletata dalla p.a. precedente, esigendone il pieno rispetto, con il primato da riconoscersi al tipo di infisso da essa proposto, rispetto a quello della ditta antagonista (v. verbale di gara n. 2, in atti), come dimostrano tutti i valori comparativamente presi in esame: spessore della parte fissa di mm. 65 contro 61 e di quella mobile di mm. 75 contro 68; vetro di due lastre, con camera d'aria di mm. 1,5, spesse rispettivamente mm. 4,41 e mm. 3,3 per il manufatto dell'appellante e solo mm. 3,3 per entrambe nel caso della ditta aggiudicataria; isolamento acustico pari a 39 decibel, contro i soli 36 dell'impresa risultata vittoriosa; trasmittanza media di 1,8, contro 1,9 dell'avversaria; uguaglianza di ogni altro parametro di riferimento.

Al che deve aggiungersi come la risalente data di alcune delle certificazioni depositate in atti escluda che gli infissi dell'aggiudicataria potessero essere stati valutati secondo la normativa UNI, ratificata solo il 13 luglio 2006.

In definitiva, *all'impresa appellante va riconosciuto il risarcimento dei danni da mancata aggiudicazione, ex art. 2043, c.c., nella misura equitativamente determinata in un importo pari al 5% della sua offerta, con l'aggiunta di interessi legali e rivalutazione monetaria computati dalla data di detta offerta all'attualità della sentenza, oltre agli ulteriori interessi calcolati dal deposito di quest'ultima e fino al completo soddisfacimento, esclusa ogni altra voce di danno aquiliano, rimasta priva di adeguato supporto probatorio.*

Conclusivamente, l'appello va *accolto* nei limiti di cui sopra, con contestuale *riforma* dell'impugnata sentenza per i soli profili risarcitori, mentre le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio seguono la *soccombenza* e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione V, *accoglie l'appello nei sensi e nei limiti di cui in motivazione; riforma l'impugnata sentenza per quanto di ragione ed accoglie il ricorso di prima istanza, come precisato in motivazione, per i soli profili risarcitori, con spese ed onorari del doppio grado di giudizio a carico del comune appellato soccombente ed a favore dell'impresa appellante vittoriosa, liquidati in complessivi euro cinquemila/00, oltre agli accessori di legge.*

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2010, con l'intervento dei giudici:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Aniello Cerreto, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2010

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

Il Dirigente della Sezione