



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 667 del 2010, proposto da:
Comune di Treviso, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Garofalo, con
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Tacito, 41;

contro

Il Sestante Coop. Sociale a responsabilità limitata in proprio e quale capogruppo
dell'associazione temporanea con Codess, Società Cooperativa a r.l., rappresentata
e difesa dall'avvocato Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso Salvatore
Patti in Roma, via Tacito, 41;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00625/2009,
resa tra le parti, concernente risarcimento danno a seguito di revoca appalto
triennale servizio di gestione aree centro giovani ed informazione

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Il Sestante Coop. Sociale a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2013 il Cons. Luigi

Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Mazzeo, per delega dell'avvocato Garofalo, e Scafarelli, per delega dell'avvocato Cacciavillani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto con sentenza 13 marzo 2009, n. 625, accoglieva il ricorso delle odierne appellate e, per l'effetto, condannava il Comune di Treviso a corrispondere a favore delle ricorrenti la somma di € 36.996,16, maggiorata di interessi legali e rivalutazione del credito. A fondamento della propria decisione il TAR rilevava che l'originaria ricorrente Il Sestante Soc. coop a.r.l., anche quale mandataria capogruppo dell'ATI costituita dalla medesima società con Codess Cultura Soc. coop a.r.l., otteneva con sentenza del TAR Veneto n. 2287/1999, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione oggetto del provvedimento n. 362 dell'8 aprile 1998 della Giunta comunale di Treviso a favore della Cooperativa "Insieme si può" dell'appalto di durata triennale (1 settembre 1998 – 31 dicembre 2000) avente ad oggetto il servizio delle aree "Centro Giovani" ed "Informazione" bandito dalla stessa amministrazione comunale.

La sentenza n. 2287/1999, in particolare, rilevava come la stazione appaltante avesse omesso di attribuire a favore del Sestante un punteggio per l'offerta tecnica, che l'avrebbe collocata al primo posto in graduatoria con conseguente aggiudicazione a suo favore dell'appalto de quo. L'amministrazione comunale dopo aver appellato la suddetta sentenza prestava acquiescenza al dictum del TAR Veneto con conseguente estinzione del giudizio accertati con la decisione di questo Consiglio dell'11 gennaio 2002, n. 140 ed aggiudicava a favore delle odierne appellate l'appalto per il periodo residuo dal 1 maggio 2000 al 31 dicembre 2000, per un lasso temporale di otto mesi. Il Sestante con l'originario ricorso introduttivo avanzava richiesta al TAR Veneto di risarcimento in forma specifica o in subordine di risarcimento per equivalente a fronte della lesione patrimoniale subita. Quindi,

domandava in via principale l'affidamento diretto del servizio per il periodo di tempo originariamente indicato nel bando di gara, detratta l'esecuzione della durata di otto mesi, o in subordine il riconoscimento del ristoro patrimoniale commisurato nella somma di € 71.634.555,00, pari al mancato utile economico riferito al periodo di servizio non svolto.

2. Il TAR Veneto con la sentenza gravata concludeva per la sussistenza della responsabilità dell'amministrazione comunale sulla scorta delle seguenti premesse teoriche: a) il rapporto tra amministrazione procedente e privato va ricostruito in termini di "contatto sociale", in ragione della presenza di una fitta rete di obblighi che gravano sull'amministrazione in costanza di un procedimento amministrativo. Situazione quest'ultima che non consente di ricondurre l'illecito dalla stessa commesso al paradigma aquiliano, quanto piuttosto ad un modello che presenta tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni; b) la responsabilità della p.a. non discende in via automatica dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, ma, facendo applicazione del dettato dell'art. 1223 c.c. per essere affermata impone ex art. 2697 c.c. al danneggiato l'onere di dimostrare: la lesione di una posizione giuridica soggettiva, l'imputabilità dell'evento dannoso alla p.a., un danno patrimoniale ingiusto, un nesso causale tra evento e danno secondo le coordinate offerte dalla teoria condizionalistica.

2.1. Nella dimostrazione della presenza degli elementi positivi che corredebbero il regime della responsabilità della stazione appaltante, la sentenza impugnata si soffermava sulla ricorrenza del requisito della colpa a carico della p.a., ritenendolo sussistente in ragione dell'illegittimità acclarata con la precedente sentenza dello stesso TAR n. 2287/1999, della previsione del bando di gara che in violazione dell'allora vigente art. 10, d.lgs. 358/1992, imponeva il possesso da parte di ciascuna impresa facente parte del raggruppamento dei requisiti di capacità tecnica ed economico finanziaria necessari per la partecipazione alla gara.

La violazione in questione configurerebbe un comportamento colposo non avendo assolto la p.a. all'onere di dimostrare la scusabilità dell'errore a fondamento della suddetta illegittimità, in quanto pur in costanza di un indirizzo giurisprudenziale che all'epoca si esprimeva per la non cumulabilità dei requisiti tecnici in capo alle imprese facenti parte dell'ATI, lo stesso era stato superato da orientamento costante del giudice di secondo grado. Inoltre, la pronuncia appellata riteneva sussistente il nesso di causalità tra l'aggiudicazione illegittima ed il danno prodotto alle odierne appellate, non essendo stato in grado il Comune di dimostrare che nel periodo di esecuzione dell'appalto da parte della Cooperativa "Insieme si può", le originarie Società ricorrenti avessero conseguito l'aggiudicazione di appalti consimili ai quali non avrebbero potuto aspirare se risultate aggiudicatrici della procedura di gara oggetto del contenzioso in esame.

2.2. Concludeva, quindi, il primo Giudice per l'impossibilità di accordare il risarcimento in forma specifica, in ragione della scadenza del termine triennale di vigenza del contratto posto in gara e della dismissione da lungo tempo da parte dell'originaria ricorrente della propria attività sia presso il "Centro Giovani" che presso "Informa Giovani". Di contro riteneva sussistente il diritto ad un ristoro patrimoniale per equivalente che commisurava utilizzando il criterio contenuto nell'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. F, in misura pari al 10% del valore della prestazione dell'appalto non eseguita.

3. Propone appello il Comune di Treviso che con distinti motivi censura la pronuncia conclusiva del primo grado di giudizio.

3.1. In prima battuta la p.a. appellante lamenta l'esistenza di un pregiudizio in capo alle odierne appellate. Ciò in quanto l'annullamento degli atti di gara prima dell'integrale esecuzione del contratto d'appalto si tradurrebbe in un soddisfacimento integrale del danno subito in ragione della rinnovazione della procedura di gara.

Al contrario, il danno lamentato dalle originarie ricorrenti discenderebbe non dalla

prima illegittima aggiudicazione, ma dalla seconda con la quale l'amministrazione ha ritenuto di non prolungare la durata dell'appalto. Pertanto, le imprese appellate avrebbero dovuto impugnare quest'ultima aggiudicazione per non incappare nelle limitazioni derivanti dalla cd. pregiudiziale di annullamento, qualora si avanzi autonoma azione risarcitoria. Al contrario, le imprese raggruppate in A.T.I. avrebbero prestato acquiescenza alla decisione dell'amministrazione comunale di limitare la durata del servizio oggetto del contratto. Pertanto, il primo Giudice avrebbe errato nel non rilevare la mancata impugnazione dell'aggiudicazione a suo favore con conseguente rigetto della richiesta risarcitoria.

3.2. Con un secondo motivo di doglianza l'amministrazione comunale contesta l'inquadramento teorico offerto dalla sentenza gravata secondo la quale il rapporto tra Comune e partecipante alla gara dovrebbe essere ricondotto al paradigma del cd. contatto sociale qualificato, secondo il quale tra due soggetti si instaurano obblighi *latu sensu* contrattuali pur in assenza dell'obbligo primario di una prestazione. Questa soluzione a giudizio dell'amministrazione appellante non convince per l'eccesso di tutela che ne deriverebbe a favore del cittadino. In questo senso, una corretta riconduzione della responsabilità della p.a. nell'alveo dell'illecito extracontrattuale, imporrebbe un onere di dimostrazione degli elementi positivi in capo al presunto danneggiato. Sotto questo profilo, pur a fronte dell'indicazione del regime contenuto nell'art. 2697 c.c., operante anche nella fattispecie, con onere della prova, quindi, in capo al ricorrente-danneggiato, quest'ultimo non avrebbe offerto alcuna dimostrazione della sussistenza degli elementi di responsabilità in capo all'amministrazione.

3.2.1. Così, il presunto danneggiato non avrebbe dimostrato la sussistenza di un profilo di colpa in capo all'amministrazione, che, al contrario, nel momento in cui operava, commetteva la riscontrata illegittimità in una temperie dottrinale e giurisprudenziale molto contrastata sulla questione della cumulabilità dei requisiti tecnici e finanziari delle imprese facenti parte dell'ATI ai fini dell'attribuzione di

punteggi dell'offerta che questa avesse presentato. Profilo quest'ultimo superficialmente superato dal primo Giudice sulla scorta della presenza di un indirizzo non ancora consolidatosi dinanzi a questo Consiglio. Ancora il TAR avrebbe finito per desumere la sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito esclusivamente dall'illegittimità riscontrata dalla sentenza che aveva pronunciato l'annullamento della prima aggiudicazione a favore della cooperativa "Insieme si può".

3.3. Lamenta ancora l'amministrazione soccombente che pur ritenendo corretto l'inquadramento dogmatico scelto dalla sentenza appellata e, quindi, il riferimento al disposto dell'art. 1223 c.c., il danno cagionato all'odierna appellata sarebbe consistito esclusivamente nel ritardo con il quale le è stata aggiudicata la gara. Infatti, conseguenza immediata e diretta dell'aggiudicazione valutata come illegittima sarebbe solo il ritardo con il quale le ricorrenti di primo grado si sarebbe viste assegnare il servizio. Mentre, la mancata assegnazione del servizio per il termine originario di durata triennale sarebbe imputabile, da un lato, al ritardo (per il periodo 31 marzo 2000 – 21 aprile 2000) con il quale l'ATI di cui è capogruppo "Il Sestante" avrebbe offerto la documentazione richiesta prima della stipula. Dall'altro, all'acquiescenza prestata dall'ATI in parola circa la decisione dell'amministrazione comunale di aggiudicarle il servizio solo per la residua durata di otto mesi e non per quella triennale originaria.

I comportamenti in questione sarebbero interruttivi della causalità giuridica ed ex art. 1227, comma 2, c.c. e solleverebbero il Comune trevigiano da responsabilità. Inoltre, nella memoria del 26 settembre 2012 l'appellante richiama la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio, n. 3/2011, che nel ritenere superata la cd. pregiudiziale amministrativa anche prima dell'entrata in vigore del c.p.a., ed in particolare dei suoi artt. 30 e 124, sottolinea il rilievo sostanziale che assume il comportamento del danneggiato che non si impegni in una tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso. In questi

termini superando la pregressa esegesi dell'art. 1227 c.c. circa la non esigibilità da parte del creditore di iniziative di carattere processuale per impedire la produzione del danno.

Sempre nella memoria del 26 settembre 2012 si paventa l'ulteriore eventualità che l'acquiescenza dell'odierna appellata consistita nel stipulare l'appalto per la durata inferiore di otto mesi vada qualificata in termini di *datio in solutum*. La nuova prestazione accettata dall'appellata esprimerebbe la volontà di sostituire la pregressa obbligazione con una diversa. Né sul punto potrebbe obiettarsi che l'adempimento comunque offerto dall'amministrazione comunale possa essere qualificato come adempimento parziale, atteso che l'obbligazione gravante sull'appellante rientrerebbe nel novero delle obbligazioni indivisibili.

3.4. Un ultimo motivo di censura è dedicato dalla difesa dell'amministrazione appellante al meccanismo di quantificazione del danno utilizzato dal TAR Veneto, che ha fatto ricorso in via analogica a quanto disposto dall'art. 345 l. 2248/1865 all. F. In particolare, l'appellante contesta che il criterio suddetto possa trovare asilo al di fuori del settore dei lavori pubblici. Quindi, sottolinea che in materia di appalto di servizi la determinazione del quantum del risarcimento non possa prescindere da una effettiva dimostrazione del pregiudizio patrimoniale subito, che deve essere offerta dal danneggiato.

Al contrario, la sentenza del TAR accolla l'onere della prova dell'ammontare della lesione patrimoniale a carico dell'amministrazione, facendo discendere dalla mancata indicazione da parte del Comune di Treviso di eventuali altri bandi aggiudicate a favore delle appellate, la prova della quantificazione del danno a favore delle stesse nella citata misura del 10% dell'utile d'impresa. Quest'inversione dell'onere della prova rappresenta a giudizio della difesa del Comune di Treviso un errore in diritto, che viola il principio processuale dell'onere della prova come quello sostanziale dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*. Infatti, anche quando viene fatta applicazione del suddetto criterio si provvede ad una decurtazione

dell'ammontare del risarcimento pari al 50%, ogni qual volta il danneggiato non fornisca la prova di non aver potuto utilizzare diversamente mezzi e risorse.

4. Si costituisce in appello Il Sestante coop. a.r.l. in proprio e quale capogruppo dell'ATI costituita con Codess Cultura Soc. coop a.r.l., per resistere alle richieste avanzate dall'appellante ed ottenere la conferma della sentenza gravata.

4.1. A giudizio dell'appellata è priva di pregio la censura inerente il difetto di interesse all'ottenimento del risarcimento per equivalente, essendo già stata soddisfatta la pretesa dell'originaria ricorrente in forma specifica in ragione della rinnovazione della procedura di gara con conseguente aggiudicazione del servizio sia pure in misura temporale ridotta. Fa notare il Sestante come sia necessario distinguere l'interesse sostanziale sotteso all'ottenimento dell'aggiudicazione dell'appalto, da quello strumentale alla rinnovazione della gara. Solo il secondo sarebbe stato soddisfatto dalla nuova aggiudicazione, mentre il primo necessiterebbe di un ristoro per equivalente.

4.2. Oppone ancora l'appellata che non assume rilievo la mancata impugnazione dell'aggiudicazione a favore dell'originaria ricorrente, atteso che la prospettata pregiudiziale di annullamento è stata superata in via teorica dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte e che l'unica iniziativa che poteva essere intrapresa dall'appellata era quella in concreto avviata di ottenere l'annullamento in forma specifica e per equivalente. Chiosa, infine, sul punto l'appellata che ai sensi dell'art. 1227 c.c. il dovere di correttezza che si può esigere dal danneggiato non può andare oltre l'avvio di attività che abbiano il sicuro risultato di ridurre il danno e non quello di iniziare azioni giurisdizionali.

4.3. L'appellata, inoltre, conclude difformemente da quanto denunciato dall'appellante in merito all'elemento soggettivo dell'illecito. In particolare, rimarca che la ricorrenza dello stesso non appare necessaria in caso di mancata aggiudicazione secondo l'insegnamento di Corte just., 14 ottobre 2004, in causa C-275/03. Né secondo il Sestante l'amministrazione può invocare la presenza di

un errore scusabile in presenza di un orientamento giurisprudenziale costante a partire dalla pronuncia Cons. St., Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367, circa la cumulabilità dei requisiti delle imprese costituite in ATI ai fini dell'attribuzione dei punteggi di gara.

4.4. In ordine, infine, alla commisurazione del danno l'appellata sostiene la correttezza della pronuncia gravata, perché conforme alla prevalente giurisprudenza, avendo il TAR Veneto desunto l'assenza di ulteriori impegni negoziali dalla richiesta avanzata in forma specifica dalla ricorrente durante la pendenza del contratto.

DIRITTO

1. Preliminare alla soluzione delle molteplici censure proposte avverso la gravata sentenza è la qualificazione della natura giuridica della responsabilità della p.a., che secondo il TAR Veneto deve essere ricondotta all'interno della responsabilità da "contatto sociale qualificato".

Quest'impostazione trae linfa dalla considerazione che il rapporto tra cittadino ed amministrazione non può essere equiparato ad una relazione occasionale, nella quale due soggetti giuridici entrano in contatto solo in occasione dell'evento illecito. Ma, al contrario, è il frutto della violazione di quegli obblighi procedimentali che incombono sull'amministrazione a tutela del privato. La presenza di una relazione tra soggetti individuati non consentirebbe di ricostruire il paradigma della responsabilità dell'amministrazione alla stregua del modello aquiliano.

Inoltre, quest'approccio sterilizza l'esigenza circa l'indagine sulla spettanza del provvedimento e consente di superare senza occuparsene della questione relativa alla pregiudiziale amministrativa. Ciò in quanto la lesione viene recata dalla violazione di un obbligo procedimentale e non dal provvedimento in sé. Si tratta di un orientamento sposato episodicamente non solo da questo Consiglio (Cons. St.,

sez. VI, n. 1945/2003), ma anche dalla Cassazione (Cass. Civ., Sez. I, n. 157/2003), e più di recente anche da TAR Lazio, sez. III-ter, n. 1527/2007. Poiché nel diritto i bisogni finiscono per dare vita alle norme ed alle loro interpretazioni non appare inutile rammentare che la tesi del contatto sociale qualificato nasce in Germania per far fronte al cd. Enumerationprinzip del § 832 BGB. Ossia in costanza di una disciplina normativa distante da quella che regola il danno da aggiudicazione illegittima nel nostro ordinamento. È stata, infatti, la delimitazione dei diritti soggettivi coperti dal rimedio aquiliano a fornire nel diritto tedesco la spinta per la creazione della tesi del contatto sociale qualificato, che genera un obbligo di protezione pur in assenza di un obbligo primario di prestazione.

Nel nostro ordinamento la norma indicata quale fonte di simili obblighi è l'art. 1173 c.c., nella parte in cui fa riferimento "...ad ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico". Uno dei settori di elezione della tesi in parola è, com'è noto, quello della responsabilità precontrattuale, pur se nell'ambito dell'Unione europea la scelta per la tesi della responsabilità extracontrattuale appare prevalere come dimostrato da Corte Giust., 17 settembre 2002 e dal legislatore dell'Unione europea che nel Regolamento n. 864/2007, cd. Roma II, all'art. 2 comprende tra le obbligazioni extracontrattuali anche quelle cagionate da danno conseguenza di culpa in contraendo.

Nella fattispecie all'esame del Consiglio deve, però, escludersi la ricorrenza di una responsabilità da contatto sociale qualificato, atteso che l'odierna appellata ha avanzato istanza di ristoro patrimoniale a tutela del proprio interesse legittimo all'aggiudicazione della gara d'appalto. In questo senso il presunto danneggiato non si duole dell'inottemperanza ad un obbligo gravante in capo all'amministrazione comunale, quanto dello scorretto esercizio del potere amministrativo. Occorre, quindi, distinguere la responsabilità della p.a. che discende dal cattivo esercizio del potere da quella che può derivare dal mancato adempimento di un obbligo. Ipotesi quest'ultima, non ricorrente nella fattispecie in

esame, che pare avvicinarsi al paradigma della responsabilità contrattuale nell'accezione datane da Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712. Sul tema un richiamo merita anche Cass. civ., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438.

Pertanto, va respinta la tesi secondo la quale nel caso si avanzi richiesta di risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione si è in presenza di un contatto sociale che genera una responsabilità *latu sensu* contrattuale. Diversamente ragionando si giungerebbe ad un'inaccettabile sovrapposizione delle posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, ricostruendo la prima categoria alla stregua di un interesse alla legittimità dell'attività amministrativa, immediatamente leso dalla mera presenza di un vizio di legittimità.

1.1. Tanto premesso, occorre ricondurre la vicenda prospettata nell'ambito della disciplina dell'illecito aquiliano sia pure con le peculiarità di regime che discendono dall'influsso del diritto dell'Unione europea già a far data dalla previsione di un rimedio risarcitorio disposto dall'art. 2, n. 1, lett. c), dell'originaria direttiva 89/665/CEE. Al riguardo, occorre precisare che il richiamo alla natura *extracontrattuale* dell'illecito a carico dell'amministrazione appare come descrittivo di un rimedio che si colloca al di fuori della disciplina della responsabilità contrattuale, ma presenta caratteristiche proprie che designano uno strumento di tutela per equivalente del danno prodotto dalla stazione appaltante al concorrente illegittimamente pretermesso nell'aggiudicazione della gara. Da ciò deriva che lo strumento ideato dal legislatore comunitario presenta connotati che lo differenziano dal paradigma normativo descritto dall'art. 2043 c.c., specie in termini di criterio di imputabilità dell'illecito.

2. Questa stessa Sezione con una recentissima pronuncia (Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686) ha già scandagliato l'irrilevanza dell'elemento nella colpa, sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia (da ultimo, Corte di Giustizia del 30 settembre 2010, *Graz Stadt*) nell'individuazione della responsabilità dell'amministrazione in materia di affidamento di appalti pubblici rammentando

come in ragione di quanto previsto dall'art. 2, d.lgs. 163/2006, ma in fondo anche da quanto statuito, in generale, dall'art. 1 l. 241/90, questo peculiare regime di responsabilità valga sia per gli appalti di rilievo comunitario che per gli altri appalti pubblici.

L'esigenza che il diritto dell'Unione europea ispirato alla massima concorrenza nel settore degli appalti pubblici trovi cogente attuazione ha spinto il legislatore dell'Unione ad introdurre un rimedio che massimizza in sede giurisdizionale l'effettività del rispetto delle norme e dei principi di derivazione comunitaria, eliminando ogni possibilità che l'amministrazione possa sottrarsi al ristoro patrimoniale, opponendo eventuali l'esistenza di eventuali esimenti fondate sull'assenza di un comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Pertanto, come chiarito già dalla citata pronuncia n. 5686/2012: "L'ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza; ciò determina ipso facto la creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano humus negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti.

In questo processo di astrazione è inevitabile che i principi di diritto interno vengano sostituiti da principi caratterizzati da più larga acquisizione, poiché il ravvicinamento e l'armonizzazione normativa premia il principio maggiormente condiviso, come è quello della responsabilità piena della p.a. senza aree di franchigia.

Peraltro, l'assenza, nella disciplina comunitaria degli appalti, di qualsivoglia riferimento ad un'indagine in ordine all'elemento soggettivo della responsabilità, lungi dall'essere una dimenticanza, si spiega ponendo mente al fatto che, di norma, la via del risarcimento per equivalente viene percorsa qualora risulti preclusa quella

della tutela in forma specifica; la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo, come dimostra, d'altra parte, anche la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, come da ultimo risolta per effetto del d.lgs. n. 53-2010, le cui previsioni sono confluite nel Codice del processo amministrativo agli artt. 121 e ss.

In tal modo, dunque, il ricorrente che non ottiene direttamente il bene della vita a cui aspira, ossia la riedizione della gara o l'aggiudicazione definitiva può aspirare alla monetizzazione del pregiudizio subito; se, tuttavia, anche tale ultima via di ristoro venisse resa impraticabile o assolutamente impervia, il privato rischierebbe di restare sprovvisto di qualsiasi forma di tutela.

Quanto prefigurato è esattamente ciò che accade qualora una normativa nazionale subordini il risarcimento del danno al positivo riscontro della colpa della stazione appaltante”.

2.1. Seguendo quest'impostazione ciò che rileva, quindi, è la presenza di un giudicato amministrativo rappresentato nella fattispecie dalla sentenza del TAR Veneto n. 2287/1999, che ha dimostrato l'illegittimità dell'aggiudicazione a favore della Cooperativa “Insieme si può” a discapito dell'odierna appellata. Sussistono, pertanto, gli elementi costitutivi della responsabilità dell'amministrazione comunale, posto che la gara è stata aggiudicata all'originaria ricorrente a riprova del nesso di causalità tra aggiudicazione illegittima e lesione dell'interesse legittimo vantato dalla danneggiata, nonché il danno provocato all'ATI costituita da Il Sestante Soc. coop a.r.l. con Codess Cultura Soc. coop a.r.l., consistente nella mancata integrale esecuzione del contratto.

2.2. Ancora non può addebitarsi al danneggiato un'eventuale acquiescenza rispetto alla decisione dell'amministrazione comunale di aggiudicare, tale da configurare

un'interruzione del nesso causale ex art. 1227, comma 2, c.c.. Il cd. duty to mitigate che grava sul creditore danneggiato e che pure deve spingersi sino ad intraprendere azioni giurisdizionali, secondo quanto rimarcato da Cons. St., Ad. Plen., n. 3/2011, appare in concreto soddisfatto, considerato che Il Sestante Soc. coop a.r.l. nel giudizio conclusosi con la citata sentenza del TAR Veneto n. 2287/1999, aveva tempestivamente avanzato richiesta di risarcimento in forma specifica, solo parzialmente soddisfatta con l'aggiudicazione dell'appalto per la durata temporale residua rispetto a quella triennale originariamente prevista. Va, inoltre, rimarcato come la scelta dell'amministrazione comunale di prolungare la durata triennale del contratto si sarebbe posta come autonoma determinazione che non avrebbe eliso i danni provocati dall'illegittima aggiudicazione e cagionati nel periodo temporale nel quale il contratto veniva eseguito dalla Cooperativa "Insieme si può". Pertanto, nessun onere di impugnazione valutabile ex art. 1227 c.c. può ritenersi addossato al danneggiato.

2.3. Quanto alla prospettazione dell'aggiudicazione a favore dell'ATI di cui Il Sestante Soc. coop a.r.l. è capogruppo in termini di datio in solutum, la stessa appare del tutto scorretta sul piano giuridico, e mira esclusivamente ad invocare un effetto estintivo di un precedente obbligo a carico dell'amministrazione comunale, con un supposto effetto satisfattorio a favore del creditore danneggiato che appare del tutto inesistente. L'istituto de quo, infatti, rappresenta un modo di estinzione diverso dall'adempimento, e presuppone l'esistenza di un obbligo che può essere soddisfatto con un adempimento. Nella fattispecie, invece, l'obbligo di ristoro patrimoniale a carico dell'amministrazione comunale sorge da un illecito cagionato dal cattivo uso del potere amministrativo esercitato nel corso della procedura di gara.

3. Occorre, da ultimo, soffermarsi sulla questione relativa al quantum del risarcimento. Ed in particolare sull'osservanza dell'onere della prova in capo al danneggiato ex art. 2697 c.c., ripreso dall'art. 124 c.p.a., e sui criteri da utilizzare

per determinare l'ammontare del risarcimento del danno.

3.1. Un principio di prova in ordine all'ammontare del danno sofferto dall'originaria ricorrente può desumersi dall'offerta economica presentata per l'aggiudicazione del servizio da parte dell'odierna appellata, sulla quale la stessa avrebbe lucrato l'utile di impresa. Corretto, pertanto, appare il ragionamento operato dal primo Giudice che ha utilizzato quali elementi oggettivi: l'offerta presentata dall'ATI di cui Il Sestante Soc. coop a.r.l. è capogruppo per l'esecuzione triennale del servizio (1 settembre 1998 – 31 dicembre 2000) e quella oggetto del contratto stipulato con l'amministrazione comunale (1 maggio 2000 al 31 dicembre 2000). Condivisibile appare anche il richiamo ad un criterio equitativo del 10% dell'offerta economica calcolata sottraendo quella recepita nel contratto stipulato a quella inizialmente proposta nella procedura illegittimamente aggiudicata a favore della Cooperativa "Insieme si può".

3.2. Non può convenirsi con le conclusioni del TAR Veneto, invece, quanto all'applicazione automatica del criterio desunto in via analogica dall'art. 345. l. 2248/1865 all. F, considerato che in questo modo si introdurrebbe una forma di indennizzo predeterminato che contrasta con i principi probatori sopra richiamati. Al riguardo, va rilevato come al parametro in questione non possa farsi integralmente ricorso in difetto della dimostrazione da parte del danneggiato dell'impossibilità di utilizzare diversamente gli strumenti d'impresa, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione. Pertanto, appare ragionevole decurtare del 50% la somma calcolata dalla pronuncia gravata a titolo di ristoro patrimoniale, che risulta, quindi, essere quella di € 18,498.08. Sulle somme corrisposte a titolo di risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale devono comunque riconoscersi gli interessi maturati e la rivalutazione monetaria da computarsi alla data del verificarsi dell'illecito, in funzione compensativa in relazione alla mancata tempestiva disponibilità in capo al debitore della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno. Pertanto, occorre operare la rivalutazione

del credito secondo valori monetari correnti e computare gli interessi calcolati dalla data del fatto non sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, bensì sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno, cioè con riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la predetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria.

4. Il parziale accoglimento delle ragioni dell'appellante e la complessità delle questioni trattate consentono di compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie in parte l'appello, come in epigrafe proposto e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, condanna il Comune di Treviso, a titolo di risarcimento del danno, a favore della appellata Il Sestante Soc. coop a.r.l., anche quale mandataria capogruppo dell'ATI costituita dalla medesima società con Codess Cultura Soc. coop a.r.l., della somma complessiva di euro 18,498.08 (diciottomilaquattrocentonovantotto,08) alla quale dovranno aggiungersi gli interessi e la rivalutazione monetaria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2013

IL SEGRETARIO

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