

IL FORO AMMINISTRATIVO

ISSN 2284-2799

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. IV - Luglio-Agosto 2017

7/8

DIRETTA DA

GIORGIO GIOVANNINI, ALBERTO ROMANO, MARIA ALESSANDRA SANDULLI

Si segnalano all'attenzione del lettore

Cons. St., ad. plen., 3 luglio 2017, n. 3, <i>che definisce i rapporti tra cessione di ramo di azienda e mantenimento o meno della qualificazione in capo all'impresa cedente</i>	1517
Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2017, n. 4/o., <i>che nega la legittimazione a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo in colui il quale sia risultato vittorioso sul punto in primo grado</i>	1527
Cons. St., sez. III, 3 luglio 2017, n. 3245, <i>che afferma l'onere della tempestiva registrazione su portale ai fini della partecipazione a gara mediante asta elettronica</i>	1530
Cons. St., sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3805/o., <i>che rimette all'Adunanza plenaria la questione concernente l'individuazione dell'organo giudiziario competente a definire la portata delle pronunce dell'Adunanza stessa</i>	1544
Cons. St., sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, <i>che delinea gli elementi inerenti il conflitto di interessi comportante l'invalidità della gara alla luce del nuovo codice dei contratti</i>	1555
Cons. St., sez. V, 2 agosto 2017, n. 3871, <i>che nega l'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo della delibera regionale con la quale viene promosso giudizio di costituzionalità per conflitto di attribuzioni con lo Stato</i>	1568
Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3393, <i>che definisce il regime giuridico relativo all'assegnazione di ore di sostegno all'alunno disabile</i>	1575
Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3665, <i>che riconosce la legittimità del provvedimento ministeriale che ha istituito il parco archeologico del Colosseo</i>	1597
TAR Liguria, sez. II, 21 luglio 2017, n. 640, <i>sulla "clausola sociale" nel nuovo codice dei contratti pubblici</i>	1670
TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 3 agosto 2017, n. 584, <i>che riconosce il diritto di accesso agli esposti volti a promuovere l'attività ispettiva della p.a.</i>	1675
TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 1° agosto 2017, n. 9144, <i>in tema di rapporti tra giustizia sportiva e giustizia amministrativa con particolare riguardo alle controversie risarcitorie</i>	1694
TAR Abruzzo, Pescara, 16 agosto 2017, n. 235/o., <i>che solleva la questione di costituzionalità delle norme che hanno disposto lo scioglimento del Corpo forestale dello Stato e la confluenza del suo personale nell'Arma dei carabinieri</i>	1716
TAR Basilicata, 25 luglio 2017, n. 525/o., <i>che rimette alla Corte di giustizia UE l'esame della norma del nuovo codice dei contratti la quale dispone l'esclusione dell'impresa dalla gara in caso di mancata indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza</i>	1749

In questo fascicolo Osservatori di giurisprudenza: *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*

3445 - Sez. V — 13 luglio 2017 — Pres. Saltelli — Est. Giovagnoli — G.S.A. s.r.l. (avv. Brugnoletti) c. T. s.p.a. (avv. Rossi) ed altri (n.c.).

(Annulla TAR Umbria n. 201 del 2016).

[6328/204] Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Contratti pubblici - Gara - Partecipazione - Esclusione - Per falsa dichiarazione - Ratio.

L'esclusione di un'impresa dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la falsità o l'incompletezza della dichiarazione attestante l'assenza di procedimenti o condanne penali a carico del legale rappresentante, prevista dall'art. 38 d.lg. n. 163 del 2006, costituisce un'autonoma fattispecie di esclusione, la quale assume rilevanza oggettiva, sicché il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico (se cioè la reticenza sia dovuta a dolo o colpa dell'imprenditore) e alla gravità della violazione.

3448 - Sez. V — 13 luglio 2017 — Pres. Saltelli — Est. Giovagnoli — T.s.r.l. (avv. Cuonzo, Canal, Minnei), F. s.r.l. (avv. Gaz, Gattamelata) c. Comune di Pieve di Cadore (avv. Signor).

(Annulla TAR Veneto, sez. 1, n. 442 del 2015).

[3724/1032] Giustizia amministrativa - Giudicato amministrativo - Obbligazione - Nascita in capo alla p.a. - Natura - Presupposto.

[3724/1032] Giustizia amministrativa - Giudicato amministrativo - Esecuzione in forma specifica - Sopravvenuta impossibilità - Conseguenza.

[2224/264] Danni - Valutazione e liquidazione - Danneggiato - Prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto - Obbligo.

[2224/264] Danni - Valutazione e liquidazione - In caso di mancata aggiudicazione - Conseguente a lucro cessante - Effetto.

[2224/264] Danni - Valutazione e liquidazione - Risarcimento - Onere della prova - Individuazione.

[2224/264] Danni - Valutazione e liquidazione - Valutazione equitativa - Ammissibilità - Condizione.

[2224/264] Danni - Valutazione e liquidazione - Consulenza cosiddetta « percipiente » - Inammissibilità.

[2224/264] Danni - Valutazione e liquidazione - Danneggiato - Quantificazione - Mediante presunzioni - Limiti.

[2224/264] Danni - Valutazione e liquidazione - Danneggiato - Risarcimento - Integrale - Rivalutazione monetaria e interessi compensativi - Spettanza.

Dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce ex lege, in capo alla Pubblica amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere in natura il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza.

La sopravvenuta impossibilità di esecuzione in forma specifica della obbligazione nascente dal giudicato amministrativo — che dà vita in capo alla Pubblica amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112 comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica — non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta.

Ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto.

Nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno, conseguente al lucro cessante, si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto — che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto — sia il danno c.d. curricolare,

ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto; non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico, anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo economicamente pagato dalla stazione appaltante, può comunque essere fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

Spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che, in concreto, avrebbe conseguito qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento ex art. 64 commi 1 e 3, c.p.a.; quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra Pubblica amministrazione e privato, la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo, sancito in generale dall'art. 2697 comma 1, c.c..

La valutazione equitativa del danno subito, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità — o di estrema difficoltà — di una precisa prova sull'ammontare del danno.

Le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio, e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio, neppure nel caso di consulenza cosiddetta « percipiente », che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti.

La prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione, giuridicamente rilevante, non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della « inferenza necessaria »), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit (in virtù della regola della « inferenza probabilistica »), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici.

Ai fini dell'integrale risarcimento del danno, che costituisce debito di valore, occorre riconoscere al danneggiato sia la rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, che attualizza al momento della liquidazione il danno subito, sia gli interessi compensativi (determinati in via equitativa assumendo come parametro il tasso di interesse legale), calcolati sulla somma periodicamente rivalutata, volti a compensare la mancata disponibilità di tale somma fino al giorno della liquidazione del danno, sia, infine, gli interessi legali sulla somma complessiva dal giorno della pubblicazione della sentenza sino al soddisfo.

3450 - Sez. V — 13 luglio 2017 — Pres. Saltelli — Est. Giovagnoli — A. (avv. Sandulli, Piperata) c. A.A.S. (avv. Nardelli).

(Conferma TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, n. 163 del 2017).

[6328/204] Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Contratti pubblici - Gara - Dichiarazioni - Omesso espresso riferimento ai legali rappresentanti - Utilizzo formula « e per essa » - Sufficienza.

Pubblicato il 13/07/2017

N. 03448/2017REG.PROV.COLL.
N. 06923/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6923 del 2015,
proposto da:

Tecnimpresa s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Renzo Cuonzo, Stefano Canal e Enrico
Minnei, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Renzo Cuonzo in
Roma, via di Montefiore, n. 22;

contro

Comune di Pieve di Cadore, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Diego Signor, con domicilio eletto presso
lo studio dell'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Fontana s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Enrico Gaz e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avvocato Stefano Gattamelata in Roma, via Monte Fiore,
n. 22;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, Sez. I, n. 442/2015, resa tra le parti, concernente il risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione dell'appalto dei lavori di restauro consolidamento e valorizzazione di un complesso storico architettonico;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pieve di Cadore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2017 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Renzo Cuonzo, Paolo Caruso, su delega dell'avvocato Signor, e Stefano Gattamelata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Tecnimpresa Fontana s.r.l., già aggiudicataria della gara indetta dal Comune di Pieve di Cadore per l'affidamento dei lavori di restauro, consolidamento e valorizzazione del complesso storico architettonico del forte di Monte Ricco e della batteria di Castello – primo lotto – è stata, con sentenza del T.a.r. Veneto n.3660/2008, successivamente esclusa dalla gara ed il lavoro è stato affidato alla società Eurocostruzioni s.p.a.

Avverso la predetta sentenza la società Tecnimpresa Fontana s.r.l. ha proposto appello con istanza di misura cautelare, ma quest'ultima è stata respinta dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 10084 del 2008.

Con la sentenza 11 aprile 2013, n. 1971, il Consiglio di Stato ha poi accolto l'appello nel merito, così respingendo il ricorso proposto in primo grado da Eurocostruzioni s.p.a.

2. Con successivo ricorso giurisdizionale la società Tecnimpresa s.r.l., nelle more costituitasi in conseguenza della cessione, da parte società della Tecnimpresa Fontana s.r.l., di un ramo d'azienda, (considerato che nel

frattempo i lavori erano stati integralmente eseguiti da Eurocostruzioni s.p.a. con conseguente impossibilità per la ricorrente di ottenere la tutela in forma specifica mediante il subentro nel rapporto contrattuale), ha domandato il risarcimento del danno subito per la ingiusta esclusione nella realizzazione del lavoro per cui era stata indetta la gara.

3. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il T.a.r. ha respinto la domanda risarcitoria per difetto di legittimazione di Tecnimpresa s.r.l.

Il primo giudice, in particolare, sulla base della relazione di stima redatta ex art. 2465 Cod. civ., ha ritenuto che legittimata attiva rispetto alla richiesta di risarcimento del danno fosse, eventualmente, la società Tecnimpresa Fontana s.r.l. (cedente del ramo d'azienda) e non la cessionaria Tecnimpresa s.r.l.

Secondo il T.a.r., infatti, la cessione di ramo d'azienda (intervenuta prima della sentenza del T.a.r. che aveva determinato l'esclusione di Tecnimpresa Fontana dalla gara) non aveva determinato il trasferimento a favore della cessionaria di alcun diritto di credito, né di alcuna posizione di vantaggio nei confronti del Comune di Pieve di Cadore, sorta in seguito alla "revoca" della precedente aggiudicazione e del nuovo provvedimento di aggiudicazione a favore di Eurocostruzioni s.p.a., adottato in esecuzione della sentenza del T.a.r. Veneto n. 3660/2008.

4. Per ottenere la riforma di detta sentenza ha proposto appello la società Tecnimpresa s.r.l.

5. Si è costituito in giudizio per resistere al gravame il Comune di Pieve di Cadore.

6. Ha spiegato intervento *ad adiuvandum* delle ragioni dell'appellante la società Fontana s.r.l. (già Tecnimpresa Fontana s.r.l, che ha poi acquisito tale nuova denominazione a seguito di mutamento della originaria denominazione sociale intervenuta con atto rep. 75865 a rogito del notaio Ruggero Orlando in data 20.1.2009 e iscritto nel registro delle imprese in data 30.1.2009), cedente del ramo d'azienda.

7. Alla pubblica udienza del 18 maggio 2015, la causa è stata trattenuta per la decisione.

8. L'appello merita accoglimento.

9. Occorre, in primo luogo, evidenziare che la sussistenza della legittimazione attiva a favore dell'odierna appellante risulta coperta dal giudicato formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 11 aprile 2013, n. 1971. La cessione del ramo d'azienda è, infatti, avvenuta in data 22 dicembre 2008, pochi giorni dopo la proposizione dell'appello (in data 16 dicembre 2008) da parte di Tecnimpresa Fontana s.r.l. contro la sentenza del T.a.r. Veneto che ne aveva determinato l'esclusione dalla gara.

Nel corso del giudizio di appello Tecnimpresa s.r.l. si è costituita, palesando la sua successione quale cessionaria del ramo d'azienda da parte dell'originaria appellante e dichiarandosi esplicitamente successore nella situazione controversa ai sensi dell'art. 111 c.p.c. L'intestazione della memoria illustrativa depositata in data 6 marzo 2013, reca, peraltro, l'inequivoca formula "*Memoria illustrativa per Tecnimpresa s.r.l. (già Tecnimpresa Fontana s.r.l.)*".

In quel giudizio, conclusosi con la sentenza n. 1971 del 2013 ormai passata in giudicato, la questione dell'eventuale difetto di legittimazione della cessionaria Tecnimpresa (pur risultando la cessione dagli atti del giudizio) non è stata né eccepita, né rilevata d'ufficio. In base al principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, la sussistenza della legittimazione attiva di Tecnimpresa deve, pertanto, ritenersi coperta dal giudicato.

10. In ogni caso, nell'interpretazione del contratto di cessione del ramo d'azienda intercorso tra Tecnimpresa Fontana s.r.l. e Tecnimpresa s.r.l. non si può che attribuire rilievo preminente alla "comune intenzione delle parti" (art. 1362 c.c.), quale emergente, oltre che dal tenore letterale delle dichiarazioni, anche dal loro comportamento complessivo, anche posteriore alla conclusione del contratto.

Sotto tale profilo, risulta dotata di significativa rilevanza la circostanza che le parti del contratto di cessione del ramo d'azienda sono concordi nel ritenere

che la cessione abbia riguardato anche le situazioni giuridiche soggettive nascenti dalla partecipazione alla gara oggetto del presente contenzioso. Le stesse dichiarazioni rese dalla cedente Fontana nel suo atto di intervento *ad adiuvandum* sono conformi alla tesi dell'appellante e da esse emerge che la concorde volontà delle parti è nel senso che, sulla base delle intese intercorse, la cessione ha trasferito le situazioni soggettive correlate alla partecipazione alla gara d'appalto bandita dal Comune di Pieve di Cadore.

11. Si può, pertanto, passare all'esame nel merito della domanda risarcitoria formulata da Tecnimpresa s.r.l.

A tale riguardo va evidenziato che la vicenda oggetto del presente giudizio presenta elementi di significativa analogia con la fattispecie recentemente esaminata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 12 maggio 2017, n. 2.

Anche in questo caso il danno di cui si chiede il risarcimento è connesso all'impossibilità di conseguire in forma specifica l'esecuzione del giudicato: nella specie del giudicato formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 1971/2013 che, accogliendo l'appello proposto da Tecnimpresa s.r.l., ha rigettato il ricorso di primo grado e ha fatto rivivere l'originaria aggiudicazione disposta a favore della stessa Tecnimpresa.

12. Le difese svolte dal Comune di Pieve di Cadore per contrastare la sussistenza del diritto al risarcimento del danno devono essere respinte proprio richiamando i principi enunciati dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n.2 del 2017, in base ai quali:

a) dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esauendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce *ex lege*, in capo all'amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere "in natura" il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza;

b) l'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo

all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, *ex lege*, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta;

d) alla luce della natura oggettiva della responsabilità della stazione appaltante e del carattere sostanzialmente ed eminentemente sostitutivo, rispetto alla tutela reale, del peculiare rimedio di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a., è da escludere che l'esistenza di un provvedimento giurisdizionale esecutivo (come la sentenza di primo grado) possa valere a “coprire” l'operato della pubblica amministrazione, recidendo il nesso di causalità tra il comportamento dell'amministrazione e l'impossibilità di eseguire il giudicato.

13. Può quindi passarsi ad esaminare il *quantum debeatur*.

Anche a tale proposito, è utile richiamare i principi elaborati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2 del 2017, alla stregua dei quali:

a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di aver sofferto;

b) nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un

vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti;

c) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

d) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno;

e) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;

f) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della «inferenza necessaria»), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente

quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

g) va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);

h) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocimento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante;

i) il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*.

14. L'applicazione di tali principi al caso di specie conduce alle seguenti conclusioni:

- a) va, anzitutto, esclusa la risarcibilità delle spese sostenute per la partecipazione alla gara, in quanto incompatibili con la richiesta di risarcimento commisurata al c.d. interesse positivo;
- b) va parimenti esclusa la possibilità di riconoscere, automaticamente e forfettariamente, a titolo di lucro cessante una somma corrispondente al 10% dell'importo dei lavori;
- c) può ritenersi fornita la prova del c.d. danno curriculare: l'appellante ha dimostrato che a far data dal 21 gennaio 2014, Tecnimpresa è "scesa" nell'ambito della categoria OG2, dalla classifica IV alla III-bis, e risulta incontestato che il fatturato mancante per conservare la qualifica IV era di € 840.000 (fatturato che l'esecuzione dell'appalto per cui è causa, di importo superiore al milione di euro, avrebbe consentito di conseguire);
- d) sussistono i presupposti per applicare la detrazione relativa al c.d. *aliunde perceptum*. Rilevano, a tal fine, non solo i lavori che l'appellante ha certamente eseguito nel corso del 2009 (la circostanza è incontestata), ma anche la considerazione "secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa che neghi l'*aliunde perceptum* può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'*aliunde perceptum*, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria. Del resto – e si è al secondo ordine di considerazioni – nell'ambito delle gare d'appalto, tale conclusione risulta avvalorata dalla distinta, concorrente circostanza che, da un lato, non risulta ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, atteso che possono essere molteplici le evenienze per cui potrebbe risultare non aggiudicataria della commessa stessa (il che corrobora la presunzione); dall'altro che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il

danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'aliunde percipiendum". (cfr. in questi termini Ad. Plen. n. 2 del 2017).

15. La conversione in termini monetari delle voci sopra indicate risulta di particolare complessità: la ricostruzione dell'utile netto che l'impresa avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto risulta, infatti, estremamente difficile, anche considerando il tempo ormai trascorso rispetto alla data in cui sono state presentate le offerte e i lavori avrebbero dovuto essere eseguiti.

Pertanto, esclusa la possibilità di applicare la percentuale del 10%, e riconosciuta la particolare difficoltà di fornire una prova puntuale del relativo importo, tale utile non può che essere determinato in via equitativa (art. 2056 c.c.).

In tale valutazione equitativa, tenuto conto anche della variante approvata in corso di esecuzione dei lavori, il Collegio stima equo riconoscere un importo omnicomprensivo, che tiene conto sia del danno curriculare, sia della detrazione per l'*aliunde perceptum*, pari ad € 70.000.

16. Ai fini dell'integrale risarcimento del danno, che costituisce debito di valore, occorre riconoscere, inoltre, al danneggiato (dalla data di pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato 11 aprile 2013, n. 1971 che ha riconosciuto la spettanza del bene della vita che in questa sede viene liquidato per equivalente monetario) sia la rivalutazione monetaria (secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat), che attualizza al momento della liquidazione il danno subito, sia gli interessi compensativi (determinati in via equitativa assumendo come parametro il tasso di interesse legale) calcolati sulla somma periodicamente rivalutata, volti a compensare la mancata disponibilità di tale somma fino al giorno della liquidazione del danno, sia, infine, gli interessi legali sulla somma complessiva dal giorno della pubblicazione della sentenza (che con la liquidazione del credito ne segna la trasformazione in credito di valuta) sino al soddisfo.

17. Va, infine, rilevato che la richiesta di chiamata in garanzia formulata (direttamente in memoria) dal Comune di Pieve di Cadore nei confronti dell'assicurazione AIG Europe Liquid è inammissibile, trattandosi di rapporto contrattuale interamente regolato dal diritto civile ed estraneo pertanto alla giurisdizione amministrativa.

18. La controvertibilità e la novità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, in accoglimento del ricorso di primo grado, condanna il Comune di Pieve di Cadore al risarcimento del danno a favore della società Tecnimpresa s.r.l., che liquida in complessivi € 70.000,00 (settantamila), oltre a rivalutazione ed interessi come specificato in motivazione.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO