

MASSIMA – Estratto punti 18 e 19.

18. Senza riprendere dal fondo l'esame di temi ampiamente discussi e approfonditi, il Collegio ritiene che la struttura dell'illecito extracontrattuale della P.A. non diverga dal modello generale delineato dall'art. 2043 c.c. Ne sono dunque elementi costitutivi: quello soggettivo (dolo o colpa), il nesso di causalità, il danno, l'ingiustizia del danno medesimo.

19. Peraltro, ai fini del risarcimento, non è necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo là dove, come nella specie, il risarcimento funga da strumento necessariamente sostitutivo della non più possibile tutela in forma specifica, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria, sulla base degli autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6919; sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482; sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450; tutte con riferimento anche alla giurisprudenza comunitaria). Si può dunque prescindere dalla prova della colpa della stazione appaltante.

Consiglio di Stato n. 2111 del 23.05.2016

N. 02111/2016REG.PROV.COLL.

N. 05888/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5888 del 2014, proposto dalla società Zaffiro Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Balletta e Giovanni Castelluccio, con domicilio eletto presso Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni, 268/A;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile, rappresentate e difese per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono domiciliate in Roma, via dei Portoghesi, 12; Regione Campania, in persona del Presidente p.t. della Giunta regionale, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Botta Costruzioni s.a.s. di Botta Giovanni e Rocco, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'esecuzione

del decreto del Presidente della Repubblica 16 gennaio 2014.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 il cons. Giuseppe Castiglia e uditi per le parti l'avvocato Alessio Petretti (su delega dell'avvocato Balletta) e l'avvocato dello Stato Tidore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Zaffiro Costruzioni s.r.l. ha partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori urgenti per la messa in sicurezza d'emergenza del sistema franoso di Montaguto, indetta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Commissario delegato *ex art.* 15 dell'O.P.C.M. n. 3591 del 2007.

Classificatasi al secondo posto, ha impugnato con ricorso straordinario l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. Botta Costruzioni ed Eurocostruzioni.

2. Sul parere favorevole del Consiglio di Stato (sez. I, 22 ottobre 2013, n. 4544/2010), il ricorso è stato accolto con decreto del Presidente della Repubblica 16 gennaio 2014.

3. La Zaffiro Costruzioni ha quindi diffidato la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile a dare esecuzione al decreto.

4. A seguito della mancata risposta delle Amministrazioni, ha agito in via ottemperanza –*ex art.* 112, comma 2, c.p.a. – contro la Presidenza del Consiglio (nella doppia veste sopra riportata) e la Regione Campania, quale successore della Presidenza – Dipartimento della protezione civile ai

sensi dell'O.P.C.M. n. 73 del 2 aprile 2013.

5. La società ricorrente ha chiesto l'integrale ottemperanza del decreto o, in caso di impossibilità di esecuzione in forma specifica, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, compreso il danno curriculare, con imposizione delle *astreintes* ex art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. per il caso dell'ulteriore ritardo.

6. La Presidenza del Consiglio si è costituita in giudizio declinando la propria legittimazione passiva, perché le funzioni del Commissario delegato sarebbero cessate e - a norma dell'O.P.C.M. n. 73 del 2013 e dell'art. 1, comma 422, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 - al suo posto sarebbe subentrata la Regione Campania.

7. Il su menzionato comma 422 recita:

“Alla scadenza dello stato di emergenza, le amministrazioni e gli enti ordinariamente competenti, individuati anche ai sensi dell'articolo 5, commi 4-ter e 4-quater, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, subentrano in tutti i rapporti attivi e passivi, nei procedimenti giurisdizionali pendenti, anche ai sensi dell'articolo 110 del codice di procedura civile, nonché in tutti quelli derivanti dalle dichiarazioni di cui all'articolo 5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, già facenti capo ai soggetti nominati ai sensi dell'articolo 5 della citata legge n. 225 del 1992. Le disposizioni di cui al presente comma trovano applicazione nelle sole ipotesi in cui i soggetti nominati ai sensi dell'articolo 5 della medesima legge n. 225 del 1992 siano rappresentanti delle amministrazioni e degli enti ordinariamente competenti ovvero soggetti dagli stessi designati”.

8. Nel presente giudizio di ottemperanza, la legittimazione passiva spetterebbe dunque alla sola Regione Campania, citata in giudizio ma non costituita.

9. La società ha contestato l'eccezione di difetto di legittimazione e ha sostenuto che, nel caso questa sia ritenuta fondata, il ricorso andrebbe accolto nei confronti della Regione Campania; in via subordinata, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge richiamata per contrasto con l'art. 24 Cost. e con gli artt. 6 e 1 del primo Protocollo addizionale C.E.D.U., nonché per le ulteriori censure sviluppate da alcune Regioni in giudizi diretti di costituzionalità.

10. Considerato che, nei confronti della normativa di legge ricordata, alcune Regioni avevano promosso giudizio diretto di costituzionalità, censurando fra l'altro, nell'ambito dei diversi profili di supposta illegittimità, la previsione di una successione a titolo universale nei giudizi pendenti (ricorsi n. 8 e n. 12 del 2014, quest'ultimo proposto proprio dalla Regione Campania), la Sezione ha sospeso il giudizio con ordinanza 5 febbraio 2015, n. 572.

11. La Sezione ha premesso che, tenuto conto della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'atto che decide il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, per la sua esecuzione è ammesso il ricorso in ottemperanza (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9 e n. 10).

12. Con sentenza 21 gennaio 2016, n. 8, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale prospettate.

13. Con domanda depositata il 30 gennaio 2016, la società ricorrente ha riassunto il processo, chiedendo la fissazione dell'udienza.

14. Con memoria depositata il successivo 17 febbraio, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, alla luce della ricordata decisione della Corte costituzionale, ha insistito per la declaratoria di difetto della propria legittimazione passiva.

15. In data 24 marzo 2016, la Zaffiro Costruzioni ha depositato una perizia sulla quantificazione del danno sofferto, articolata nelle seguenti tre distinte voci:

a) mancato utile d'impresa indicato forfettariamente nel 10% dell'importo dovuto a titolo di costo delle lavorazioni e spese generali;

b) mancato addebito all'appalto di una quota di spese generali fisse dell'impresa;

c) danno curriculare.

16. Alla camera di consiglio del 28 aprile 2016, il ricorso è stato chiamato e trattenuto in decisione.

17. In via preliminare, il Collegio rileva che:

a) va dichiarato il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri per effetto della normativa sopravvenuta, prima ricordata, giudicata legittima dalla Corte costituzionale;

b) il processo prosegue nei confronti della sola Regione Campania, non costituita in giudizio.

18. Senza riprendere dal fondo l'esame di temi ampiamente discussi e approfonditi, il Collegio ritiene che la struttura dell'illecito extracontrattuale della P.A. non diverga dal modello generale delineato dall'art. 2043 c.c. Ne sono dunque elementi costitutivi: quello soggettivo (dolo o colpa), il nesso di causalità, il danno, l'ingiustizia del danno medesimo.

19. Peraltro, ai fini del risarcimento, non è necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo là dove, come nella specie, il risarcimento funge da strumento necessariamente sostitutivo della non più possibile tutela in forma specifica, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria, sulla base degli autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6919; sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482; sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450; tutte con riferimento anche alla giurisprudenza comunitaria). Si può dunque prescindere dalla prova della colpa della stazione appaltante.

20. Quanto agli altri presupposti dell'obbligazione risarcitoria, il Collegio - alla stregua di consolidati e risalenti principi elaborati dalla giurisprudenza di questo Consiglio, in tema di determinazione del danno da mancata aggiudicazione di gara d'appalto (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450 e n. 6453; sez. V, 21 luglio 2015, n. 3605; sez. IV, 21 marzo 2016, n. 1130; Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3), dai quali non intende discostarsi - rammenta che:

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) 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 consequenziale 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.;

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

d) 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;

e) 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;

f) 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);

g) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del documento 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.

21. Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie, risulta evidente l'inaccogliabilità delle domande proposte dalla Zaffiro Costruzioni, la quale:

a) si è limitata a chiedere l'esecuzione in forma specifica del decreto decisorio o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente, ma non ha provato che, una volta annullata l'aggiudicazione in favore dell'impresa prima classificata, sarebbe risultata prima in graduatoria e quindi aggiudicataria, dovendosi tenere conto dell'esito del ricalcolo delle offerte e dell'accertamento di possibili mancanze dei necessari requisiti soggettivi (a norma, rispettivamente, degli artt. 86 e 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163);

b) non può fondatamente chiedere che, in mancanza di proprie specifiche allegazioni probatorie, la liquidazione possa basarsi su una c.t.u., il cui apporto concreto è risultato meramente verbale e non ha fornito la prova della percentuale di utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, con riferimento all'offerta economica presentata al seggio di

gara (si veda invece la fattispecie decisa da Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2016, n. 992, ove la consulenza ha offerto la prova rigorosa del danno subito), ovvero su un giudizio di equità (c.d. correttiva e integrativa), al di fuori dei presupposti sanciti dall'art. 1226 c.c.;

c) ha domandato il risarcimento del danno patito avuto riguardo alle spese generali fisse dell'impresa, relative al funzionamento della struttura organizzativa della sede aziendale, mentre - conformemente a un consolidato orientamento del giudice amministrativo - non è ristorabile il danno per spese e costi di partecipazione alla gara, per le spese generali e legali e spese di progettazione, perché che la partecipazione alle gare d'appalto comporta per i partecipanti dei costi che ordinariamente restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione che in caso di mancata aggiudicazione (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744; sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839);

d) il danno curriculare, a sua volta, ferma restando la sua puntuale allegazione, può essere equitativamente liquidato in una percentuale del mancato utile effettivamente provato, che qui è del tutto mancata, perché l'impresa ricorrente non ha fornito la prova dell'entità della sorte capitale dovuta a titolo di mancato utile effettivo.

22. A tanto consegue, in conclusione, il rigetto della domanda formulata in via principale, come pure di quella subordinata.

23. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663). 22. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a condurre a una conclusione di segno diverso.

24. Tenuto conto della novità della questione, le spese del presente giudizio possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) dichiara il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- b) respinge il ricorso;
- c) compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/05/2016

IL SEGRETARIO

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