

Newsletter* 6/2017

NOVITA' GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO

- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 maggio 2017 n. 2, *sul tema dell'ottemperanza per equivalente e quantificazione del danno risarcibile in caso di mancata aggiudicazione.*
- Cassazione Civile, Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11804, *sui limiti del sindacato giurisdizionale in ordine alle valutazioni tecniche della commissione di gara.*
- Tar Toscana, sez. I, 16 maggio 2017, n. 689, *sulla riparametrazione delle offerte tecnica e economica.*

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 12 maggio 2017 n. 2

Con la pronuncia in oggetto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato compiutamente i temi della c.d. "ottemperanza per equivalente" e della quantificazione del danno risarcibile in caso di mancata aggiudicazione.

La controversia trae origine dalla richiesta di esecuzione di una sentenza, con la quale il Consiglio di Stato aveva accolto l'appello dell'impresa aggiudicataria avverso la sentenza di primo grado (non sospesa), che aveva annullato l'aggiudicazione disposta in suo favore. Tuttavia, l'opera oggetto dell'appalto risultava essere già stata integralmente eseguita da parte dell'impresa concorrente, vittoriosa in primo grado, con la conseguente impossibilità materiale per la stazione appaltante di dare attuazione al giudicato formatosi e, dunque, di consentire il subentro nel rapporto contrattuale.

Il danno lamentato è dunque quello connesso all'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato: l'avvenuta ultimazione dei lavori oggetto della gara, infatti, aveva vanificato l'aspettativa del ricorrente di ottenere il contratto controverso, rendendo oggettivamente impossibile l'esecuzione in forma specifica del giudicato.

Dopo un'attenta disamina della natura e dei presupposti dell'azione prevista dall'art. 112 comma 3 c.p.a. e della responsabilità che essa sottende, il Consiglio di Stato ha enunciato i seguenti principi di diritto:

1. 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 all'amministrazione, un'obbligazione il cui oggetto consiste nel concedere "in natura" il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza.

2. 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.

3. In base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa.

4. Nel caso di mancata aggiudicazione, il 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). Spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa 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.), e 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.

5. 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 o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*.

Cassazione Civile, Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11804

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel pronunciare l'inammissibilità del ricorso proposto avverso la sentenza n. 3343/15 del Consiglio di Stato, hanno affermato che le valutazioni tecniche delle commissioni giudicatrici sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale solamente allorché esse risultino affette da illogicità manifesta, travisamento del fatto o irragionevolezza evidente o grave. Ne discende, di conseguenza, che *“non costituisce eccesso negativo di potere giurisdizionale la valutazione di sufficienza e congruità che il giudice amministrativo operi sugli accertamenti tecnici svolti dall'autorità amministrativa, nell'ambito di procedure di evidenza pubblica connotate da un elevato tasso di discrezionalità tecnica”*.

Sulla scorta di tali presupposti, le Sezioni Unite della Cassazione non hanno ravvisato alcun diniego di giustizia nella conclusione cui è pervenuto il Giudice Amministrativo, laddove quest'ultimo ha *“stimato ragionevoli e congrui gli*

apprezzamenti tecnici operati dalla stazione appaltante nel ritenere che l'offerta tecnica del consorzio ricorrente avrebbe stravolto le scelte progettuali fondamentali già effettuate dall'amministrazione".

Ed inoltre, non può valere nel senso di riconoscere un sindacato maggiormente penetrante sulle scelte tecniche adottate dalla commissione di gara, la possibilità di nominare, ai sensi dell'art. 67 c.p.c., un CTU, in quanto detta opzione *"non implica che il giudice amministrativo debba farvi ricorso per sostituire il proprio accertamento tecnico a quello effettuato dall'autorità amministrativa ai fini delle operazioni di gara"*.

Tar Toscana, sez. I, 16 maggio 2017, n. 689

Con la sentenza in rassegna il Tar ha chiarito che, in sede di gara, la scelta di procedere alla riparametrazione di punteggi dell'offerta economica è, indiscutibilmente, esercizio di un potere discrezionale in capo alla Stazione Appaltante. Ciò in funzione del fatto che, nelle gare in cui il criterio di scelta è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è la Committente stessa che deve stabilire quale debba essere il punto di equilibrio tra la componente tecnica e quella economica. Sulla scorta di tali rilievi, il TAR adito ha affermato che *"applicando la riparametrazione a una delle componenti dell'offerta, o a entrambe, il peso ne viene valorizzato, nel senso che il concorrente titolare dell'offerta anche di poco migliore rispetto alle altre si vede assegnato il punteggio massimo astrattamente previsto, come se si trattasse di un'offerta tecnicamente eccellente, ovvero considerevolmente conveniente sul piano economico"*.

* In collaborazione con lo con lo Studio Cancrini & Partners