Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098

(OMISSIS)

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda ospedaliera Sant'Andrea (in prosieguo l'Azienda) ha indetto una gara per la fornitura di strumenti e reagenti chimici necessari per le indagini diagnostiche dei laboratori di patologia clinica (cfr. delibera n. 1157 del 12 novembre 2003).
Relativamente al lotto 15 – Allergologia e Autoanticorpi – il capitolato tecnico ha previsto che il sistema automatico per la processazione e la lettura dei campioni dovesse avere, fra gli altri, i seguenti requisiti indispensabili <<numero di campioni a bordo non meno di 240; almeno 12 test in linea>>> (cfr. Allegato A/15).
Per il lotto 15 hanno presentato offerte la Pharmacia s.p.a. e la Radim s.p.a.
Nella seduta del 6 maggio 2004 la commissione di gara, dopo aver accertato (senza motivazione alcuna), che entrambe le apparecchiature delle ditte concorrenti presentavano i requisiti minimi indispensabili previsti dal capitolato, ha attribuito i relativi punteggi.
Nella seduta del 22 giugno 2006, appresi i risultati delle attività di valutazione e attribuzione dei punteggi relativi alla qualità del servizio offerto, il rappresentante della ditta Radim contestava immediatamente la presenza, nella fornitura offerta dalla rivale Pharmacia s.p.a. (sistema "Immuno Cap 250"), dei requisiti minimi (cfr. nota scritta allegata al verbale di pari data); seguivano due ulteriori puntuali lettere di contestazione nelle quali si metteva in luce la carenza dei due requisiti sopra descritti (in data 24 giugno e 30 luglio 2004); l'Azienda non forniva alcuna risposta.
Successivamente il direttore generale dell'Azienda, dopo aver approvato tutta l'attività svolta dal seggio di gara, aggiudicava in via definitiva l'appalto per il lotto 15 alla Pharmacia s.p.a. (cfr. deliberazione prot. n. 1008 15 settembre 2004).
1.1. Avverso quest'ultimo provvedimento è insorta la Radim avanti il T.a.r. del Lazio lamentando, con un unico complesso motivo, l'eccesso di potere per palese illogicità ed il difetto di congrua istruttoria, sotto il profilo che dal semplice esame della scheda descrittiva del sistema "Immuno Cap 250" proveniente dalla medesima società Pharmacia, emergesse la difformità con le caratteristiche tecniche minimali richieste dalla lex specialis; ha chiesto, quindi, il risarcimento del danno per equivalente monetario, a solo titolo di lucro cessante, commisurato all'entità della propria offerta economica quale risultante dagli atti di gara (pari ad euro 1.687.784/00); nulla ha preteso per interessi legali, rivalutazione monetaria ed altri accessori.
2. L'impugnata sentenza – T.a.r. del Lazio, sezione III, n. 3878 del 3 maggio 2007, notificata il 10 luglio 2007 -:
a) ha accertato, con dovizia di argomenti, l'erroneità dell'istruttoria e del conseguente giudizio formulato dalla commissione in sede di riscontro della conformità del sistema "Immuno Cap 250" ai requisiti indispensabili imposti dal capitolato tecnico;
b) ha liquidato, a titolo di lucro cessante, in applicazione degli artt. 1226 c.c., 345, l. n. 2248 del 1865 e 35, co.2, d.lgs. n. 80 del 1998, la complessiva somma di euro 168.784/00, pari al 10% dell'offerta economica della Radim, senza pronunciarsi su eventuali accessori;
c) ha condannato l'Azienda al pagamento delle spese di lite.

3. Con atto consegnato all'ufficiale giudiziario in data 9 agosto 2007, notificato il 10 agosto alla Radim, e depositato il successivo 20 agosto, l'Azienda ha interposto appello avverso la sentenza del T.A.R. articolando i seguenti motivi:
a) inammissibilità del ricorso di primo grado a cagione dell'omessa impugnativa della attestazione di conformità delle offerte per il lotto 15 e della attribuzione dei punteggi;
b) rispondenza dei requisiti tecnici dell'apparecchio "Immuno Cap 250" a quelli prescritti come indispensabili dal capitolato, da accertarsi anche a mezzo di c.t.u.;
c) insussistenza del diritto al risarcimento sotto il duplice profilo della mancanza della colpa della stazione appaltante e della eccessività della liquidazione, dovendosi ridurre l'importo risarcitorio al 5% dell'offerta formulata dalla Radim.
4. Si costituiva la Radim deducendo l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.
5. Con ordinanza cautelare di questa sezione - n. 5117 del 2 ottobre 2007 - è stata respinta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.
La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 6 maggio 2008.
6. L'appello è parzialmente fondato e va accolto nei limiti meglio precisati in prosieguo.
7. In ordine logico devono essere esaminate e disattese tutte le eccezioni pregiudiziali sollevate dalla difesa della Radim.
L'eccezione di tardività dell'appello è palesemente infondata sulla scorta del semplice esame della scansione cronologica dei fatti processuali dianzi descritti.
Con una seconda eccezione si deduce l'inammissibilità del gravame perché l'Azienda si sarebbe limitata a riproporre i motivi di primo grado.
L'eccezione è priva di pregio atteso che il principio in questione si attaglia alla condotta processuale della parte che non abbia speso alcun argomento critico per confutare le argomentazioni poste a base dei capi di sentenza sfavorevoli; circostanza questa che non ricorre nel caso di specie.
Miglior sorte non tocca alla terza eccezione di inammissibilità del gravame sollevata sotto il profilo che avrebbe violato il divieto dei nova in appello per aver proposto motivi ed eccezioni nuove.
Anche tale tesi è mal richiamata; quanto ai motivi nuovi, essa si attaglia alla condotta processuale della parte, originaria ricorrente e soccombente, che, in violazione del divieto sancito dall'art. 345, co.1, c.p.c., abbia proposto in appello motivi nuovi.
In relazione al divieto di proporre nuove eccezioni o nuove prove ex art. 345. co. 2 e 3, c.p.c. osserva il collegio che, nel particolare caso di specie, non si configura la proposizione, da parte dell'Azienda, di eccezioni e prove in senso stretto, tali dunque da potersi considerare effettivamente assoggettate al divieto dei nova; in realtà l'Azienda ha sollecitato l'esame di questioni (e l'esercizio di poteri) rilevabili o esercitabili d'ufficio.
8. Può scendersi all'esame dell'appello proposto dall'Azienda.
8.1. Il primo motivo, nella parte in cui reitera l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, è infondato.
Come emerso dalla precedente ricostruzione in fatto, già nella seduta del 22 giugno 2004 il rappresentante della Radim ha fatto allegare a verbale una analitica contestazione della valutazione operata dalla commissione in ordine alla sussistenza, in capo all'offerta della Pharmacia, dei requisiti minimi indispensabili richiesti dalla lex specialis.

A sua volta, Il ricorso introduttivo del giudizio in prime cure, proposto tempestivamente avverso l'atto conclusivo della procedura di evidenza pubblica effettivamente lesivo della posizione soggettiva della Radim, ha puntualmente censurato l'errore in cui è incorsa la stazione appaltante nel non giudicare come carente dei requisiti minimi l'offerta della aggiudicataria; sotto tale angolazione è del tutto irrilevante che quest'ultima non abbia contestato i punteggi attribuiti dalla commissione alla Pharmacia, dato che la strategia difensiva dell'odierna appellata era imperniata sulla illegittimità della valutazione espressa dalla commissione a monte dell'attribuzione dei punteggi, in sede di riscontro dei requisiti minimi.

8.2. Parimenti infondato è il secondo motivo di gravame.

Le argomentazioni di carattere tecnico sviluppate nel ricorso in appello (ed illustrate nella successiva memoria conclusionale), non scalfiscono le conclusioni cui è giunta l'impugnata sentenza, ancorate all'oggettiva difformità riscontrata fra le prestazioni minime richieste dal capitolato per il sistema automatico di processazione e lettura dei campioni, e le caratteristiche tecniche del sistema offerto dalla Pharmacia.

Il collegio prende atto, inoltre, che:

- le deduzioni difensive dell'Azienda sono prive del supporto di una relazione scientifica redatta da qualificati organi tecnici interni o esterni all'amministrazione;
- le argomentazioni tecniche spese per dimostrare tale conformità non sono corroborate dalla documentazione depositata nel fascicolo d'ufficio, asseritamente esibita dalla ditta Pharmacia in sede di gara ed in concreto utilizzata dalla commissione.

Del tutto irrilevante è che, successivamente alla proposizione del ricorso di primo grado, il sistema acquisito dall'Azienda sia stato positivamente collaudato (in data 3 gennaio 2006); il buon funzionamento delle apparecchiature fornite non influisce, logicamente, sul giudizio che il giudice è chiamato ad effettuare per riscontrare la conformità del modello offerto in concreto con quello ideale posto a paradigma di gara dalla lex specialis.

Le conclusioni raggiunte dal collegio rendono superflua la richiesta di c.t.u. avanzata dalla difesa dell'Azienda.

8.3. E' viceversa parzialmente fondato l'ultimo motivo di gravame.

Il motivo si scinde in due autonome censure.

Con il primo mezzo si nega la sussistenza della colpa in capo all'amministrazione.

La doglianza è infondata.

Il seggio di gara ha negligentemente trascurato di rispettare le regole che la stessa stazione appaltante si era data nell'individuare i requisiti tecnici indispensabili della fornitura oggetto di contestazione; senza alcuna spiegazione, infatti, ha ritenuto che il servizio offerto dalla Pharmacia offrisse i requisiti richiesti dal capitolato.

8.3.1. E' viceversa fondata la seconda censura nella parte in cui contesta l'entità del risarcimento del danno liquidato dal T.a.r.

Nel rispetto del principio basilare sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, si è affermato, in linea generale, che ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il ricorrente debba fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2007, n. 10; sez. VI, 2 marzo 2004, n. 973).

L'importanza dell'assolvimento dell'onere allegatorio è fondamentale perché, come noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove ma queste ultime devono avere ad oggetto fatti circostanziati.
Sotto tale angolazione ben si comprende che se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise.
Va al riguardo ribadito l'orientamento di questo Consiglio per il quale è inammissibile e comunque infondata la domanda risarcitoria formulata in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 306).
Anche la liquidazione del danno con il ricorso all'equità c.d. integrativa ex art. 1226 c.c. è soggetta a stringenti limiti.
In linea generale la sezione non intende discostarsi, sul punto, dalle acquisizioni teoriche della consolidata giurisprudenza della Cassazione (cfr. da ultimo Cass., sez. II, 17 marzo 2006, n. 6067).
Quando il soggetto onerato della allegazione e prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito.
Orbene mentre nel caso di accertamento di danni non patrimoniali l'unica forma possibile di liquidazione è quella equitativa, per quelli patrimoniali è vero il contrario, specie se subiti da imprese nell'esercizio della propria attività.
Sotto tale angolazione, proprio in tema di appalti, si è negato il risarcimento a titolo di danno emergente delle spese sostenute dall'impresa per la partecipazione alla gara in mancanza di una specifica allegazione e prova delle singole voci (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3601).
Per quanto specificamente attiene al risarcimento del lucro cessante la sezione osserva quanto segue.
In primo luogo deve ribadirsi, in una con la giurisprudenza più rigorosa, che il mancato guadagno dell'utile d'impresa corrispondendo al c.d. interesse positivo (quale interesse all'esecuzione del contratto), a rigore non potrebbe mai essere risarcito in una fattispecie di responsabilità precontrattuale; il sistema della responsabilità precontrattuale mal si presta ad essere utilizzato per chiedere il risarcimento dei danni che in via meramente presuntiva si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5174; sez. V, n. 7194 del 2006 cit.; sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6026; Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629).
Deve darsi atto però della esistenza di un prevalente orientamento di questo Consiglio, espressamente invocato dalla difesa appellante, secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di giudicato che riconosca la lesione di interessi legittimi c.d. <<a risultato garantito>>, sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F.
Tale tesi non può essere condivisa.
Il criterio del dieci per cento è desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta.

Tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.
In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.
Ulteriore difetto di tale tecnica risarcitoria (come si registra nella prassi giudiziaria, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513) è che obbliga i giudici più sensibili a moltiplicare gli sforzi per trovare correttivi che rendano meno evidenti gli ingiustificati esborsi a carico della finanza pubblica; in quest'ottica, a titolo di esempio, è ricorrente la massima secondo cui l'utile conseguibile dall'impresa nella misura forfetaria del 10% deve essere decurtato ove l'impresa non dimostri di non aver aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi.
Tali escamotage offrono un rimedio inappagante perché scontano il vizio d'origine del costrutto argomentativo che nasce all'interno della logica indennitaria e non si concilia affatto con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile in genere e della p.a. amministrazione in particolare.
Appare preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478).
Parimenti deve essere precisato l'ambito di applicazione dell'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 80 del 1998.
Premesso che nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942), il ricorso alla c.d. <<sentenza sui criteri>> di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a.
E' evidente pertanto che il meccanismo processuale divisato dal menzionato art. 35 non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto.
Alle stesse conclusioni si giunge in relazione all'utilizzo, da parte del giudice, della c.t.u. che non è mezzo di prova in senso proprio e non può supplire all'onere probatorio della parte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012).
8.3.2. Scendendo alla determinazione in concreto del danno patrimoniale subito dall'odierna appellata, sul punto la sezione evidenzia che:
a) l'appellante (nel ricorso al Consiglio di Stato, essendo irrilevante quanto affermato in comparsa conclusionale atteso il valore meramente illustrativo di quest'ultima), non ha negato in radice l'esistenza del danno in concreto subito da Radim o il difetto assoluto di prova, ma ha offerto un criterio liquidatorio autonomo, vincolante per il giudice in sede di gravame, che è tenuto a decidere, nei limiti di quanto devoluto, sulla scorta del contenuto dell'impugnazione effettivamente articolata;
b) l'intimata Radim non ha, neppure indirettamente, contestato la quantificazione proposta dall'Azienda (in concreto una percentuale pari al 5% dell'offerta economica complessiva formulata in sede di gara e, come già visto, pari ad euro 1.687.845).

Discende da quanto sopra che alla Radim dovrà essere liquidata, a titolo di risarcimento del danno, una somma pari ad euro 84.392 vale a dire alla metà di quanto determinato dal primo giudice nell'impugnata sentenza; si precisa che su tale somma non decorreranno accessori fino alla pubblicazione della presente decisione, in quanto il primo giudice, sul punto, non si è pronunciato e non è stato proposto dalla Radim appello incidentale.

9. In conclusione l'appello dell'Azienda deve essere accolto in parte, nei limiti meglio precisati in motivazione.

Nel particolare andamento del processo e nel contegno processuale delle parti, il collegio ravvisa giusti motivi per compensare integralmente fra le stesse le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- accoglie in parte l'appello e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, condanna l'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea a pagare in favore della Radim s.p.a. la complessiva somma di euro 84.392/00;
- dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 6 maggio 2008, con la partecipazione di:

Emidio Frascione - Presidente
Giuseppe Severini - Consigliere
Marco Lipari - Consigliere
Vito Poli Rel. Estensore - Consigliere
Francesco Caringella - Consigliere