

Publicato il 26/02/2021

N. 01678/2021REG.PROV.COLL.  
N. 01856/2013 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1856 del 2013, proposto da Ciesseci s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicolò D'Alessandro, con domicilio presso la Segreteria di questa Sezione, in Roma, alla piazza Capo di Ferro, n. 13

*contro*

Comune di Montecarlo, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio

*nei confronti*

Terra Uomini Ambiente società agricola cooperativa, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, n. 1225 del 2 luglio 2012, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2021 2021 (tenuta ai sensi dell'art. 84 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27, richiamato dall'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con legge 18 dicembre 2020, n. 176) il Cons. Roberto Politi;

Nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Esponde parte appellante che il Comune di Montecarlo ha indetto, in data 2 aprile 2008, procedura per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di consolidamento e messa in sicurezza di un versante in frana del Rio San Gallo, nel tratto a valle della frazione di San Giuseppe.

Con provvedimento del 4 giugno 2008, inizialmente impugnato da Ciesseci S.r.l. dinanzi alla Sezione staccata di Catania del T.A.R. Sicilia (quindi, trasferito dinanzi al T.A.R. Toscana a seguito di accoglimento del regolamento di competenza proposto dall'Amministrazione intimata), la gara veniva aggiudicata alla cooperativa Terra Uomini e Ambiente.

Con determinazione dell'8 ottobre 2008, il Comune ha quindi annullato la nomina della commissione giudicatrice e, conseguentemente, tutte le attività da questa poste in essere, ivi compresa l'aggiudicazione, che è stata nuovamente disposta in favore della controinteressata in esito dell'integrale rinnovazione delle operazioni di gara.

2. Con ricorso N.R.G. 1678 del 2009, l'odierna appellante chiedeva l'annullamento dell'anzidetta aggiudicazione.

Costituitasi l'Amministrazione comunale intimata, il T.A.R. della Toscana:

- preliminarmente dichiarata l'improcedibilità dell'atto introduttivo del giudizio, proposto avverso l'aggiudicazione originaria, rimossa in via di autotutela;

- ha accolto i motivi aggiunti proposti nei confronti della determinazione 22 ottobre 2008, recante l'approvazione delle rinnovate operazioni e la nuova aggiudicazione della gara.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto meritevole di apprezzamento il terzo motivo aggiunto, in quanto:

- la nuova Commissione (nominata dalla precedente Amministrazione in seguito all'annullamento dell'originata aggiudicazione) aveva espresso le proprie valutazioni "a buste aperte" (quindi, su offerte già note e rese pubbliche a seguito della valutazione operata dalla prima commissione);

- uno dei membri della nuova commissione era stato componente della precedente, risultando il rinnovo della procedura privo di garanzie sotto il profilo dell'imparzialità del seggio di gara (e ponendosi la conferma del suindicato componente in contrasto con la precedente determina dell'8 ottobre 2008, volta ad adeguare la nomina della commissione al dettato dall'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006, la cui violazione aveva formato oggetto di uno degli iniziali motivi d'impugnazione).

Il giudice di prime cure, peraltro, dava atto che *"l'avvenuta esecuzione dei lavori ad opera della controinteressata fa sì che, all'acclarata illegittimità dell'aggiudicazione, non possano utilmente conseguire la pronuncia caducatoria e*

*la riparazione in forma specifica auspicata dalla ricorrente Ciesseci s.r.l.”, atteso che quest’ultima, “con l’atto di motivi aggiunti, ... ha ... chiesto il risarcimento per equivalente dei danni corrispondenti ai costi di partecipazione della gara, salvo allegare, in sede di memoria conclusiva, una serie di ulteriori voci di danno (in particolare, perdita di chance e danno curricolare)”.*

Nell’osservare come *“tale allegazione rappresenta ... una vera e propria domanda nuova che, in quanto contenuta in atto non notificato alle controparti, è da ritenersi per ciò solo inammissibile”*, il Tribunale ha escluso che costituiscano *“pregiudizio risarcibile, nel caso di aggiudicazione illegittima, le spese per la partecipazione alla gara, trattandosi di costi destinati a rimanere a carico delle imprese concorrenti sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione”*.

3. Avverso tale pronuncia, Ciesseci ha interposto appello, notificato il 18 febbraio 2013 e depositato il successivo 14 marzo.

Con il mezzo di tutela ora all’esame, parte appellante insiste nella richiesta – già in prime cure formulata; e, come si è visto, disattesa dall’adito T.A.R. – di risarcimento del danno patito per effetto dell’illegittima aggiudicazione dalla Stazione appaltante disposta in favore della controinteressata cooperativa Terra Uomini Ambiente, con riferimento:

- alle spese di partecipazione alla gara;
- ai mezzi, strumenti e maestranze necessari per l’esecuzione dell’appalto, non impiegati;
- al danno da perdita di chance, da quantificare nella misura del 5% dell’importo a base d’asta, ribassato della percentuale offerta in sede di gara (ovvero, il 5% dell’importo di € 940.005,00).
- al danno curricolare;

- al profitto ritraibile dall'esecuzione dell'appalto, da risarcire a titolo di lucro cessante e commisurato al 10% del prezzo a base d'asta; il tutto, con rivalutazione monetaria ed interessi legali fino al soddisfo.

Evidenzia la parte che avrebbe errato il Tribunale nel ritenere inammissibile la domanda risarcitoria di che trattasi, in quanto:

- con l'atto introduttivo del giudizio, la parte aveva formulato una generica domanda risarcitoria;
- e nei motivi aggiunti, veniva ribadita siffatta pretesa, con riferimento al pregiudizio risentito per effetto della illegittimità degli atti posti in essere dalla precedente Amministrazione.

Conseguentemente, la conclusiva memoria non avrebbe addotto all'attenzione dell'organo giudicante domande nuove, rispetto a quanto indicato nei precedenti scritti difensivi.

Conclude la parte per l'accoglimento dell'appello; e, in riforma della sentenza impugnata, del ricorso di primo grado, con ogni statuizione conseguenziale anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio.

4. L'Amministrazione appellata, così come la controinteressata Cooperativa Terra Uomini Ambiente, non si sono costituite in giudizio.

5. L'appello viene trattenuto per la decisione alla pubblica udienza telematica del 16 febbraio 2021.

## DIRITTO

1. Ad integrazione di quanto esposto in narrativa, giova precisare che, con l'appellata sentenza, il T.A.R. Toscana ha respinto la domanda risarcitoria presentata dall'odierna appellante, in quanto:

- *“l’arvenuta esecuzione dei lavori ad opera della controinteressata fa sì che, all’acclarata illegittimità dell’aggiudicazione, non possano utilmente conseguire la pronuncia caducatoria e la riparazione in forma specifica auspiccate dalla ricorrente Ciesseci S.r.l.”;*

- *“con l’atto di motivi aggiunti, quest’ultima ha peraltro chiesto il risarcimento per equivalente dei danni corrispondenti ai costi di partecipazione della gara, salvo allegare, in sede di memoria conclusiva, una serie di ulteriori voci di danno (in particolare, perdita di chance e danno curricolare): tale allegazione rappresenta, tuttavia, una vera e propria domanda nuova che, in quanto contenuta in atto non notificato alle controparti, è da ritenersi per ciò solo inammissibile”.*

Quanto alle rimanenti domande di carattere risarcitorio, il giudice di prime cure ha escluso che costituiscano *“pregiudizio risarcibile, nel caso di aggiudicazione illegittima, le spese per la partecipazione alla gara, trattandosi di costi destinati a rimanere a carico delle imprese concorrenti sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione (tali spese si colorano come danno emergente solo qualora l’impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili”.*

2. Quanto sopra preliminarmente posto, vengono in primo luogo in considerazione le voci di danno (tra le quali, perdita di *chance* e danno curricolare), rispetto alle quali, come si è visto, il Tribunale di primo grado ha ritenuto la domanda inammissibile, in quanto per la prima volta proposta con memoria conclusionale, non notificata alle controparti.

Contesta parte appellante tale assunto, sostenendo (punto I.3 dell’atto introduttivo) di aver formulato, con ricorso per motivi aggiunti, *“una generica istanza risarcitoria dei danni subiti”*, con richiesta

all'adito giudice di condannare il resistente Comune di Montecarlo al *“risarcimento del danno dovuto a seguito degli atti posti in essere dall'Amministrazione, che hanno leso gli interessi della ricorrente”*.

Conseguentemente, *“la memoria conclusiva ... si è posta come esplicitazione di tale domanda”*.

Un simile modo di parcellizzazione della domanda, se, da un lato, contrasta con l'onere di specificità imposto ai ricorrenti dall'art. 40, comma 1, lett. c), c.p.a., dall'altro viola la funzione delle memorie conclusionali ex art. 73, comma 1, c.p.a., di mera illustrazione delle censure già ritualmente proposte in giudizio, attraverso un'impropria precisazione di queste ultime, così determinando una violazione del diritto di difesa delle parti resistenti, alle quali rimane la possibilità di controdedurre solo con la memoria di replica ai sensi della disposizione da ultimo richiamata, ovvero in sede di udienza di discussione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2017, n. 5543).

Anche la più recente giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1116), nel ribadire il noto principio, per cui *“è ... onere dell'impresa allegare i danni subiti a causa della mancata esecuzione della commessa e provarli nel loro ammontare”*, ha precisato che *“diversamente da quanto avviene per l'azione di annullamento di atti amministrativi, in quella di risarcimento dei danni per equivalente opera ... con pienezza il principio dispositivo enunciato dall'art. 64, comma 1, cod. proc. amm., senza il temperamento del metodo acquisitivo proprio della prima azione”*.

A fronte di una costante giurisprudenza di questo Consiglio in tal senso (cfr. Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2; Sez. III, 26 luglio 2019, n. 5296, 15 aprile 2019, n. 2435; Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803, 27 giugno 2018, n. 3954, 21 novembre 2017, n. 5384, 11 maggio 2017, n. 2184, 21 luglio 2015, n. 3605, 31 dicembre 2014, nn. 6450 e 6453),

la pronunzia ora in rassegna ha affermato che *“il fondamento logico del riparto probatorio ora descritto è dato dalla ‘vicinanza della prova’, per cui è il soggetto nella cui sfera patrimoniale il pregiudizio si è prodotto che è in grado di offrirne la relativa dimostrazione in giudizio e di ciò viene dunque onerato, mentre lo stesso non può rimettersi a criteri di carattere generale e presuntivo”*.

Né le memorie di cui all’art. 73, comma 1, c.p.a., costituiscono ammissibile sede, in cui l’onere di allegazione e prova finora descritto può essere soddisfatto.

Nel rammentare, infatti, come il ricorso, ai sensi dell’art. 40, comma 1, lett. b), del codice del processo, debba contenere *“l’indicazione dell’oggetto della domanda”*, (e, dunque, degli elementi di cui essa si compone), una (invero inconfigurabilmente) consentita parcellizzazione di essa verrebbe a consumare una palese violazione del contraddittorio, atteso che l’altra parte potrebbe controdedurre solo a mezzo di memoria di replica (nel termine dall’anzidetta disposizione previsto), ovvero in udienza (in cui, secondo il comma 2 del medesimo art. 73, le parti *“possono discutere sinteticamente”*).

3. Confermata, sul punto, la correttezza della sentenza di prime cure (in ragione della indivisibilità delle doglianze in proposito dalla parte appellante dedotte con il mezzo di tutela all’esame), va ulteriormente esclusa la fondatezza della censura dalla parte formulata nei confronti della gravata pronunzia, quanto al denegato riconoscimento del risarcimento del danno, a fronte delle spese da Ciesseci sostenute per la partecipazione alla gara.

La giurisprudenza ne esclude infatti la risarcibilità in sede di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, sulla scorta del rilievo che esse restano a carico dell’impresa anche quando quest’ultima consegua il contratto all’esito della procedura di

affidamento (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 731; Sez. V, 20 gennaio 2021, n. 632, 12 novembre 2020, n. 6970 e 28 luglio 2015, n. 3716; Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839).

4. La constatata infondatezza dell'appello ne impone la reiezione.

Non si fa luogo a pronunzia sulle spese di lite in considerazione della mancata costituzione in giudizio delle controparti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato, con Sede in Roma, nella Camera di Consiglio del giorno 16 febbraio 2021, convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Roberto Politi**

**IL PRESIDENTE**  
**Gianpiero Paolo Cirillo**

## IL SEGRETARIO