

# REPUBBLICA ITALIANA

N. 36/05 REG.DEC.

## IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1409 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

ANNO 2005

### **decisione**

sul ricorso in appello n. 1409 del 2005 proposto dal  
COMUNE DI ASCOLI SATTIANO, costituitosi in persona del  
Sindaco *p.t.*, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Follieri,  
elettivamente domiciliato in Roma, viale Mazzini n. 6;

### **contro**

il signor ALBERTO SANTORO, titolare dell'omonima  
impresa individuale, rappresentato e difeso dall'avv. Gianfranco  
Caradonna, elettivamente domiciliato in Roma, via Filippo  
Corridoni n. 23, presso l'avv. Piero Conti;

### **e nei confronti**

della G8 MOBILI S.N.C.,  
non costituitasi in giudizio;

### **per la riforma**

della sentenza n. 5701 del 19.5.2004/7.12.2004 pronunciata  
tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale della Puglia,  
sede di Bari, sez. II;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor Santoro;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle  
rispettive difese;

Vista l'ordinanza n. 1453 del 2005, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 27.5.2005 l'avv. Enrico Follieri per il Comune di Ascoli Satriano e l'avv. P. Conti, su delega dell'avv. Caradonna, per la ditta Santoro;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### FATTO E DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello interposto dal Comune di Ascoli Satriano avverso la sentenza specificata in epigrafe con cui il T.a.r. della Puglia accolse il ricorso introduttivo promosso dal signor Alberto Santoro, titolare dell'omonima impresa individuale, contro l'esclusione dal pubblico incanto per la fornitura e la posa in opera di arredi per la nuova sede municipale e di restauro di quelli della sala consiliare, disposta con la nota n. 7832 del 22.7.2003.

1.1. Il Tribunale – dopo aver chiarito le ragioni dell'illegittimità della misura espulsiva - condannò altresì l'ente civico appellante al risarcimento, in favore del ricorrente, del danno da questi subito, da quantificare secondo i criteri declinati in motivazione, ai sensi dell'art. 35 comma 2 del D.Lgs. 31.3.1980, n. 80, nel termine di giorni novanta dalla comunicazione in via amministrativa della sentenza.

2. Nel secondo grado di giudizio, così promosso si è costituito il signor Alberto Santoro contestando tutte le deduzioni avversarie e concludendo per la conferma integrale della sentenza impugnata.

3. All'udienza del 27.5.2005 il ricorso è stato introitato per la decisione.

4. Per un migliore inquadramento delle questioni sottoposte all'esame del Collegio giova riferire succintamente della vicenda sulla quale si è innestata la presente controversia, siccome correttamente ricostruita nella narrativa in fatto recata dalla decisione impugnata.

4.1. Il Comune di Ascoli Satriano, con determinazione del responsabile del III Settore, n. 447 del 26.6.2003, bandì un pubblico incanto per un appalto di fornitura e di posa in opera di arredi per la nuova sede municipale e di restauro degli arredi della sala consiliare (per un complessivo importo, a base d'asta, pari ad €115.243,45), da aggiudicare al prezzo più basso, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 358 del 1992.

4.2. Pubblicato il bando, presentarono offerta nove imprese.

4.3. Nell'unica seduta tenuta il 21.7.2003, la commissione di gara escluse sette ditte; per cinque di esse (tra cui quella del signor Santoro) l'estromissione dalla procedura competitiva scaturì dalla riscontrata mancanza, nelle polizze fideiussorie prodotte a garanzia dell'obbligo di pagamento della cauzione provvisoria, di un'espressa "dichiarazione" in ordine all'effettivo

possesso, da parte dell'agente assicurativo sottoscrittore delle polizze, dell'autorizzazione all'esercizio del ramo cauzioni, come richiesto dal punto 7 del bando.

4.4. L'appalto venne aggiudicato alla G8 Mobili S.n.c. che aveva offerto un ribasso del 39,21%, a fronte del 31,15% proposto dal Centro Didattico Nuova Puglia, unica altra ditta rimasta in gara.

4.5. Il contratto d'appalto fu stipulato in forma pubblica amministrativa il 26.9.2003, col n. rep. 2497.

4.6. Adito dal signor Santoro con un ricorso contenente, in via cumulativa, una domanda di annullamento, una di accertamento ed, infine, un'ultima di condanna, il T.a.r. della Puglia – respinte le eccezioni pregiudiziali formulate dal Comune resistente e dalla società controinteressata – accolse il ricorso, ritenendo illegittima l'esclusione dell'impresa del ricorrente e, quindi, seppure senza pronunciare un esplicito annullamento dell'impugnata misura espulsiva, stabilì i criteri risarcitori ai sensi dell'art. 35 del succitato D.Lgs. n. 80/1998, dettando le seguenti condizioni: «... l'amministrazione dovrà procedere:

a) all'apertura della busta contenente l'offerta in ribasso proposta dal ricorrente;

b) qualora tale offerta risulti migliorativa rispetto a quella della controinteressata aggiudicataria, liquidare al ricorrente, a titolo di risarcimento danno, una somma pari al 10% (utile d'impresa) dell'offerta migliorativa presentata dal ricorrente;

c) qualora, invece, tale offerta non risulti migliorativa rispetto a quella della controinteressata aggiudicataria, liquidare al ricorrente, a titolo di risarcimento danno, una somma pari al 30% del 10% dell'offerta migliorativa presentata dal ricorrente (percentuale di possibilità di esecuzione della fornitura in relazione all'eventuale inadempimento delle altre imprese, possibilità non esclusa dal bando)».

5. Così ricostruita la vicenda dedotta in contenzioso, va detto che il Comune appellante ha proposto tre mezzi di gravame, rispettivamente rubricati:

I) mal governo dei principi relativi all'interesse a ricorrere; inammissibilità del ricorso;

II) erronea interpretazione e violazione dei punti 7 e 14 del bando di gara; eccesso di potere;

III) violazione ed errata applicazione dei principi relativi al risarcimento del danno.

6. Nelle more dell'appello, esattamente il giorno 27.4.2005, la commissione di gara diede esecuzione al primo adempimento indicato nella motivazione della sentenza impugnata (ossia procedette all'apertura della busta presentata dal signor Santoro) non investito dalla sospensione cautelare disposta dalla Sezione, e risultò che il ribasso a suo tempo offerto dall'appellato era del 6,5 %.

7. Tanto premesso, il Collegio ritiene che l'appello sia fondato soltanto in parte e che, per l'effetto, la sentenza

impugnata meriti di esser riformata nei termini di seguito precisati.

8. Ed invero, non è condivisibile il primo motivo di censura con cui il Comune di Ascoli Satriano ha riproposto la tesi dell'inammissibilità del primitivo ricorso per asserito difetto dell'interesse del signor Santoro ad ottenere la tutela giurisdizionale richiesta.

8.1. L'eccezione è fondata sul rilievo dell'omessa allegazione da parte dell'appellato, fin dall'epoca dell'instaurazione del giudizio in primo grado, dell'entità del ribasso percentuale offerto; sostiene, in particolare, l'ente civico ricorrente che in questo modo il signor Santoro si sarebbe indebitamente sottratto all'onere di provare l'idoneità di tale ribasso a condurre, qualora ipoteticamente riaperta la gara, alla sicura aggiudicazione dell'incanto in suo favore.

8.2. Il T.a.r., disattendendo i riferiti argomenti comunali, non ha condiviso i dubbi prospettati in ordine all'ammissibilità dell'azione intrapresa dal signor Santoro, avendo giudicato comunque sussistente e meritevole di tutela l'interesse strumentale dell'appellato alla riammissione alla gara; il primo giudice ha altresì opinato che spettasse all'amministrazione appaltante (o alla controinteressata) dimostrare che l'impresa esclusa non potesse conseguire l'aggiudicazione; infine, il Tribunale ha pure soggiunto che l'interesse dell'escluso alla riammissione alla gara fosse in ogni caso suscettibile di

autonoma tutela - anche nell'ipotesi estrema della prova certa dell'impossibilità dell'aggiudicazione - in ragione del correlato diritto ad ottenere il risarcimento della perdita della *chance* di gareggiare.

9. Prima di esaminare analiticamente le motivazioni testé riportate, occorre premettere che il Collegio, pur non aderendo pienamente alle argomentazioni addotte dal primo giudice con riguardo all'interpretazione applicativa della nozione di "perdita di *chance*", ritiene ugualmente che l'eccezione comunale vada respinta perché, all'epoca di presentazione del ricorso originario, non era affatto pronosticabile con certezza (per le ragioni che s'illustreranno diffusamente, *infra*, nei §§. 9.2. e ss.) l'esito della gara controversa, anche laddove ipoteticamente rinnovata in via meramente "virtuale", dipendendo l'aggiudicazione in discorso dalla preventiva risoluzione di una complessa questione esegetica in ordine alle modalità della verifica dell'anomalia negli appalti di forniture sotto la soglia comunitaria che, in concreto, né la commissione giudicatrice (considerata la permanenza in gara di sole due imprese) né il T.a.r. della Puglia hanno avuto modo di affrontare.

Detto altrimenti, anche ove il signor Santoro avesse indicato il ribasso offerto (che - si ripete - è stato pari al 6,5 %), nondimeno tale allegazione, attesa la peculiarità della vicenda in esame, non sarebbe servita a dissipare ogni "incertezza" circa il risultato della gara: ciò è sufficiente ad escludere che l'interesse

dell'appellato alla riammissione non fosse giuridicamente tutelabile fin dalla proposizione dell'originaria impugnativa, dal momento che il signor Santoro avrebbe potuto conseguire il bene della vita ambito (ossia l'aggiudicazione del contratto o, in subordine, il risarcimento per equivalente del danno subito a fronte della mancata aggiudicazione) unicamente attraverso il vittorioso esperimento del ricorso giurisdizionale.

9.1. Come si è accennato, le argomentazioni addotte dal T.a.r. a confutazione dell'eccezione del Comune sono invece parzialmente erranee ed i vizi logici che le affliggono si sono poi riverberati, come si vedrà (*infra*, i §§. 11. e ss.), sulle statuizioni della pronuncia che richiedono riforma.

9.2. Segnatamente non può essere condivisa in linea generale l'idea, propugnata dal T.a.r., di una tutela autonoma della *chance* in relazione ad procedura di gara automatica, allorquando questa si sia già conclusa e ne siano conoscibili tutti gli atti.

9.3. Invero, attraverso la protezione giuridica accordata alla *chance* si intende normalmente tutelare, nello specifico settore dell'evidenza pubblica, la "speranza" (*rectius*, la possibilità) dell'aggiudicazione di una gara; dunque, il relativo risarcimento pecuniario per equivalente (che è l'unica utilità reclamabile in via giudiziaria nell'eventualità della completa esecuzione del contratto esitato) può avere ad oggetto soltanto la lesione della perdita definitiva di ogni probabilità, anche minima in termini

percentuali, di ottenere l'appalto d'interesse, una volta eliminato idealmente dalla successione storica degli eventi concretamente verificatisi il "fatto" del provvedimento giuridico illegittimamente preclusivo della regolare partecipazione del soggetto danneggiato alla selezione competitiva considerata.

9.4. Il concetto di "perdita di *chance* di successo" riposa quindi sull'inconoscibilità *ex ante* del futuro esito della procedura e, quindi, non è concepibile alcuno spazio per il risarcimento di tale *spes* ove dagli atti del giudizio emerga con certezza la prova della sicura impossibilità, per il ricorrente ritenutosi danneggiato, di ottenere il risultato favorevole desiderato.

9.5. Se dunque, nelle procedure da aggiudicare in base a criteri non automatici, la *chance* può tendenzialmente sopravvivere alla conclusione della selezione pubblica, giacché in questi casi l'aggiudicazione scaturisce da irriproducibili (e, dunque, non pronosticabili, *ex post* nemmeno in via controfattuale) valutazioni tecnico-discrezionali dell'organo di gara, non altrettanto accade nel caso dell'asta pubblica, laddove l'impresa eventualmente esclusa può soltanto lamentarsi di non aver ottenuto l'aggiudicazione, dal momento che sia l'amministrazione indicente sia il giudice sono, di regola (salvo quanto si dirà nel prosieguo), perfettamente in grado di ricostruire in via postuma quale sarebbe stato l'ipotetico svolgimento della procedura, ove non vi fosse stata l'illegittima esclusione.

9.6. In altre parole, nelle situazioni appena descritte, l'impresa estromessa può soltanto far valere – almeno di norma - l'interesse “finale” all'aggiudicazione (o ad una determinata collocazione in graduatoria) e non anche quello “strumentale” alla partecipazione alla gara (o alla rinnovazione della stessa), poiché la tutela della “possibilità dell'aggiudicazione”, pur concepibile al momento della presentazione dell'offerta e prima della celebrazione dell'incanto, non è più configurabile in termini probabilistici dopo la conclusione del procedimento ed il completo disvelamento di tutte le offerte.

9.7. Nemmeno può aderirsi all'idea che fosse onere dell'amministrazione o della controinteressata dimostrare l'esito alternativo ed ipotetico della procedura per la semplice ragione che nessuna delle due parti avrebbe potuto conoscere del contenuto di una busta, non aperta nel corso della procedura in ragione della disposta esclusione dell'impresa offerente.

9.8. Le considerazioni che precedono richiedono tuttavia qualche precisazione con riferimento all'ipotesi particolare (che è poi quella che ricorre nella fattispecie) in cui la riammissione alla gara di un concorrente, conseguente all'accertata illegittimità dell'esclusione dello stesso dalla procedura, comporti la necessità di avviare un sub-procedimento di verifica dell'anomalia i cui esiti non sono quasi mai prevedibili *ex ante*.

9.9. Muovendo da siffatte premesse, il Collegio ritiene che le motivazioni addotte dal T.a.r. per respingere l'eccezione

comunale siano solo parzialmente condivisibili: esse invero, sebbene non convincenti in linea generale, si palesano di converso corrette con riguardo al peculiare atteggiarsi della controversia, anche se per un profilo (quello dell'incerto risultato della verifica dell'anomalia) del tutto ignorato dal primo decidente.

10. Con una seconda censura il Comune critica la pronuncia impugnata nella parte in cui il Tribunale ha ritenuto illegittima l'esclusione dell'impresa del signor Santoro.

10.1. Per la migliore intelligibilità della doglianza, è d'uopo svolgere ancora qualche breve precisazione in fatto.

10.2. Il bando del pubblico incanto indicava, tra i documenti richiesti per l'ammissione alla gara, al punto 7), la produzione di un «(d)ocumento comprovante la costituzione del deposito cauzionale provvisorio pari al 2% dell'importo a base d'asta, pari ad euro 2.304,87 valido per un periodo non inferiore a centoventi giorni dalla data della sua presentazione. Qualora la cauzione sia prestata mediante polizza fideiussoria assicurativa, dalla polizza deve risultare che l'agente è autorizzato all'esercizio del ramo cauzioni...» (la sottolineatura è stata aggiunta).

10.3. Il punto 14) del bando stabiliva poi, in generale, che sarebbe stata disposta l'esclusione dalla gara in ogni caso di mancanza o di incompletezza di alcuno dei documenti richiesti.

10.4. Tanto premesso, va osservato che la commissione di gara escluse l'offerta del ricorrente, avendo stigmatizzato il

difetto della “dichiarazione” relativa all’autorizzazione dell’agente assicurativo all’esercizio del ramo cauzioni.

10.5. Su questo aspetto della controversia, il T.a.r. ha negato che la clausola del bando prescrivesse una modalità tipica o privilegiata in ordine alla documentazione del requisito richiesto, posto che la stazione appaltante, dettando il surricordato punto 7, si era limitava a stabilire che la prova dell’effettivo rilascio dell’autorizzazione in parola dovesse risultare dalla polizza, senza tuttavia richiedere che tale circostanza fosse altresì oggetto di una specifica dichiarazione da parte dell’agente assicurativo.

10.6. In altri termini, il primo giudice ha opinato che la dimostrazione in questione fosse libera, ovverosia che essa potesse esser data attraverso qualunque elemento astrattamente idoneo a dare contezza e certezza dell’esistenza dell’autorizzazione, con la conseguenza che l’esclusione del signor Santoro – ha così aggiunto il T.a.r. – non avrebbe potuto esser disposta in assenza di qualunque valutazione tecnico-discrezionale, unicamente riservata alla commissione giudicatrice, in punto alla sufficienza della prova dell’esistenza dell’autorizzazione suddetta.

10.7. Infine, il primo giudice ha escluso che la polizza presentata dall’appellato fosse realmente incompleta *in parte qua* ai sensi dell’art. 14 del bando, dal momento che essa conteneva, in realtà, indicazioni idonee a rivelare l’esistenza dell’autorizzazione in parola, elementi sui quali peraltro il

concorrente aveva ragionevolmente riposto il proprio affidamento.

In particolare, ha rilevato il T.a.r. che la polizza fideiussoria prodotta dal signor Santoro recava un esplicito riferimento ad un “codice autorizzazione” seguito da una serie alfanumerica e ad un “codice cauzione” seguito da un numero seriale, nonché in appendice l’indicazione esplicita «ramo: 64 - Cauzioni»; da siffatti elementi testuali – a detta del Collegio barese – l’organo di gara avrebbe potuto agevolmente evincere l’avvenuto rilascio dell’autorizzazione in contestazione; in ogni caso, qualora la commissione avesse ancora nutrito qualche residua incertezza, ben avrebbe potuto esercitare i suoi poteri istruttori e così invitare l’impresa del signor Santoro a completare od a fornire i chiarimenti in ordine al contenuto del documento presentato, privilegiando il *favor participationis*.

10.8. Contro tali motivazioni il Comune appellante si è difeso invocando la cogenza dell’autovincolo al rispetto della *lex specialis* di gara prevedente l’esclusione a fronte dell’insufficienza dei documenti prodotti; ha poi contestato che dalla lettura dei codici alfanumerici della polizza potesse desumersi l’effettiva sussistenza dell’autorizzazione. L’ente ha inoltre sostenuto che, per le stazioni appaltanti, l’invito alla regolarizzazione documentale costituisce soltanto una facoltà e mai un obbligo.

10.9. In questa parte la sentenza resiste alle censure dedotte

con l'appello.

10.10. In aggiunta a tutte le surriferite considerazioni già svolte dal T.a.r. che meritano piena adesione, deve altresì osservarsi come la commissione giudicatrice ben avrebbe potuto dissipare ogni eventuale dubbio sull'interpretazione dei codici alfanumerici riportati sulla polizza in atti attraverso il ricorso all'istituto della regolarizzazione.

10.11. Erra infatti l'appellante a ritenere che la richiesta di chiarimenti in ordine ai documenti presentati dalle imprese partecipanti ad una gara sia, per le commissioni di gara, una mera facoltà; essa, al contrario, è oggetto di una specifica potestà amministrativa, il cui esercizio è sempre doveroso ove ne ricorrano i presupposti, ogniqualvolta sussista cioè un'obiettiva incertezza semantica o una sanabile incompletezza della "forma esterna" di un certificato, di un documento o di una dichiarazione, cui possa porsi rimedio senza incidere direttamente sul contenuto del singolo atto.

La "possibilità" dell'amministrazione di invitare le imprese concorrenti ad emendare le irregolarità ravvisate od a chiarire il contenuto dei documenti prodotti non va dunque interpretata nel senso di un'arbitraria scelta della stazione appaltante, ma deve sempre correlarsi con i superiori principi del buon andamento, della legalità sostanziale dell'azione amministrativa, del *favor participationis* e della parità di trattamento con i concorrenti.

Il significato della "possibilità" di regolarizzazione

documentale riconosciuta dall'ordinamento, contrariamente a quanto divisato dal Comune di Ascoli Satriano, riposa proprio sull'idea della superabilità dell'autovincolo promanante dalla normativa di gara allorquando si tratti unicamente di eliminare mere incertezze nell'interpretazione degli atti o di sanarne vizi esclusivamente formali.

Ricorrendo queste ipotesi, l'amministrazione ha dunque sempre l'obbligo di sollecitare la regolarizzazione.

11. È invece fondata la lagnanza diretta contro i criteri per la formulazione di una proposta di ristoro fissati dal T.a.r. a norma dell'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998.

11.1. A tal proposito occorre ancora precisare in fatto che il T.a.r. ha respinto la principale domanda di reintegrazione in forma specifica (mediante riammissione del signor Santoro alla gara) in considerazione sia della circostanza dell'ormai completata esecuzione della fornitura sia dell'osservazione – a dire il vero, non poco contraddittoria rispetto alle iniziali premesse argomentative della pronuncia – della ritenuta impossibilità di acquisire in via istruttoria la busta contenente l'offerta del ricorrente, per non aver questi allegato una «seria possibilità di giovare degli esiti positivi della rinnovazione del confronto tra le offerte».

11.2. Il Tribunale ha invece stimato meritevole di accoglimento l'alternativa domanda risarcitoria per equivalente, dettando i criteri sopra riportati.

11.3. Il Comune appellante contesta tale capo della sentenza nella parte in cui si prevede - *sub* lett. *c)* – la liquidazione in favore del signor Santoro di una somma, a titolo di risarcimento del danno, «pari al 30% del 10% dell’offerta migliorativa presentata dal ricorrente» anche se non migliorativa di quella della controinteressata, avendo espressamente ritenuto che la misura del 3,3 % rappresentasse la «percentuale di possibilità di esecuzione della fornitura in relazione all’eventuale inadempimento delle altre imprese, possibilità non esclusa dal bando».

11.4. Il Comune di Satriano giustamente dubita dell’intrinseca logicità della statuizione.

11.5. Invero, a prescindere dalla non piana intelligibilità del criterio dettato (difficoltà dovuta soprattutto al riferimento dell’aggettivazione “migliorativa” sia all’offerta della ricorrente che a quella dell’aggiudicataria), nemmeno si comprende come il T.a.r. abbia potuto ritenere sussistente, anche all’indomani della completa esecuzione della fornitura, una possibilità di un’aggiudicazione a favore dell’impresa Santoro, in conseguenza dell’ipotizzato (ma non verificatosi) inadempimento successivo di entrambe le imprese meglio collocate in graduatoria.

11.6. Innanzitutto va osservato che la possibilità statistica di un tale evento (ossia, il subentro della terza classificata alla prima) non segue affatto la distribuzione lineare ipotizzata dal T.a.r. (che ha impropriamente parametrato la misura percentuale

di siffatta probabilità in relazione al numero – tre - delle partecipanti).

Al riguardo è infatti sufficiente richiamare l'idea intuitiva che un inadempimento consecutivo di ben due imprese è un evento molto più raro dell'inadempimento di una sola aggiudicataria; ne consegue che, avendo il Tribunale fissato nel 30% la possibilità di un inadempimento da parte della G8, non avrebbe potuto ragionevolmente valutare in pari misura (in luogo di una percentuale assai inferiore) la probabilità di un ulteriore scorrimento della graduatoria a seguito dell'eventuale inadempimento anche del Centro Didattico Nuova Puglia.

11.7. D'altronde anche volendo sorvolare sui precedenti rilievi (che tuttavia ad avviso del Collegio riducono praticamente a zero le pretese risarcitorie dell'appellato), occorre comunque considerare che, anche nel declinare i criteri di risarcimento, il Tribunale non ha fatto buon governo del concetto di “perdita di *chance*”.

11.8. Il T.a.r. infatti, pur ritenendo illegittima l'esclusione della ditta Santoro, non ha tuttavia ritenuto che il vizio si estendesse anche all'atto di aggiudicazione.

11.9. Tanto è reso palese sia dall'assenza in tutta la decisione (incluso il dispositivo) di una pronuncia di annullamento in tal senso (sicuramente necessaria al lume della pluralità delle domande formulate col ricorso originario, peraltro nemmeno accolte integralmente) sia, soprattutto, dalla lettura

delle pagg. 13 e 15 della sentenza ove si accenna all'illegittimità dell'esclusione, ma si tace del tutto sull'aggiudicazione ed, anzi, si respinge espressamente l'istanza, del pari avanzata dal signor Santoro, mirante ad ottenere la reintegrazione in forma specifica, sul duplice presupposto dell'avvenuta esecuzione della fornitura e dell'impossibilità di rinnovare il confronto tra le offerte a cagione della mancata allegazione di quella del ricorrente.

11.10. La sentenza appellata presta dunque il fianco alle critiche formulate dal Comune di Ascoli Satriano.

In effetti, il primo giudice – stanti le motivazioni del ricorso promosso dal signor Santoro – onde scrutinare l'effettiva fondatezza delle pretese al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione non avrebbe potuto prescindere dall'acquisizione della busta in discorso al fine di valutare se al ricorrente spettasse, o meno, ancorché a seguito di una rinnovazione “virtuale” della procedura, l'aggiudicazione reclamata.

Soltanto muovendo dagli esiti di siffatta verifica il T.a.r. avrebbe potuto stilare gli eventuali criteri per la proposta risarcitoria dell'ente civico soccombente.

Ed invero, il difetto logico dell'*iter* decisorio percorso dal Tribunale è consistito nella totale obliterazione della possibilità che, in esito alla rinnovazione “virtuale” della procedura, delle tre offerte presentate rimanesse in gara soltanto quella del signor Santoro, in conseguenza dell'applicazione delle regole sulla verifica dell'anomalia.

11.11. Il punto richiede un chiarimento.

11.11.1. Si è accennato al fatto che, una volta aperta la busta presentata dall'appellato, è emerso come egli avesse proposto un ribasso pari al 6,5 %.

11.11.2. Orbene, il signor Santoro nella memoria conclusiva ha osservato come quella percentuale gli assicurasse di fatto la ragionevole certezza dell'aggiudicazione, dal momento che – laddove la sua offerta non fosse stata illegittimamente esclusa – egli avrebbe conseguito l'appalto a fronte dell'anomalia delle altre due offerte (rispettivamente, recanti un ribasso del 31,15 % e del 39,21 %) ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. n. 358/1992, espressamente richiamato dalla *lex specialis*.

11.12. Tanto precisato, il Collegio ritiene che ai fini del decidere non occorra approfondire l'esame della tesi sostenuta dal signor Santoro (che pure, in via di mera delibazione, non può ritenersi manifestamente infondata, posto che il succitato art. 19 trova applicazione anche per le forniture d'importo inferiore alla soglia comunitaria – v., al riguardo, Cons. St., sez. IV, n. 4888/2002 – e che, di converso, non appare pertinente, in contrario, il richiamo all'art. 89 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554 sugli appalti di lavori pubblici), in quanto la soluzione della questione controversa si presenta obbligata in forza di preminenti ragioni di carattere processuale.

11.13. Valga infatti considerare che il T.a.r. nemmeno si è posto il problema delle conseguenze potenzialmente scaturenti

dalla postuma riammissione in gara dell'offerta formulata dal signor Santoro (che tuttavia – sia detto incidentalmente - non avrebbe sicuramente comportato l'esclusione automatica delle altre offerte), visto che – dopo aver ordinato alla stazione appaltante l'apertura della busta (lett. a) – si è limitato a stabilire (v. lett. b e c) solo un confronto tra l'offerta della G8 e quella dell'appellato.

Dal contesto disciplinare introdotto dalla decisione appellata emerge pertanto in maniera evidente come il concetto di “offerta migliorativa”, siccome congegnato dal primo giudice, postuli logicamente il necessario mantenimento in gara, anche nell'ambito della rinnovazione “virtuale” della procedura, dell'offerta della società controinteressata, effettiva aggiudicataria, posto che diversamente opinando davvero non si comprenderebbe il riferimento al confronto richiesto dal T.a.r..

11.14. Alla stregua dei superiori rilievi è quindi giocoforza concludere che il Tribunale - implicitamente, ma chiaramente - ha disatteso le richieste del signor Santoro sia nel punto in cui il primitivo ricorso accennava all'esigenza di effettuare, ai fini del risarcimento del danno (anche) per equivalente, il controllo di anomalia *ex art. 19* del D.Lgs. n. 358/1992, sia nella parte in cui l'appellato aveva richiesto la liquidazione di un “danno da ritardo” nella misura stimata orientativamente in 1.000 euro.

11.15. In conclusione, per rimuovere siffatta statuizione il signor Santoro - in luogo di riformulare le difese svolte in prime

cure attraverso semplici memorie - avrebbe dovuto adempiere al preciso onere di proporre un tempestivo appello incidentale avverso la decisione già impugnata dal Comune di Ascoli Satriano, mirante ad impedire la formazione del giudicato interno che invece ora vincola il Collegio.

12. Da tutto quanto sopra considerato si trae più di un corollario.

12.1. Innanzitutto, deve ritenersi che l'offerta dell'appellato non sia affatto migliorativa di quella della G8.

12.2. Ne consegue che il signor Santoro, applicando i criteri fissati dal T.a.r., non avrebbe mai potuto aggiudicarsi la gara.

12.3. Pertanto al signor Santoro non spetta alcun risarcimento del danno da mancata aggiudicazione non essendosi verificata la condizione prevista dal primo giudice *sub* lett. *b*).

12.4. Inoltre, i parametri indicati *sub* lett. *c*) della motivazione – attesa la *ratio* sottostante ai surrichiamati criteri (non contestati in via giudiziaria dall'appellato) – devono ritenersi illogici e meritevoli della riforma richiesta dal Comune di Ascoli Satriano, in quanto presupponenti una condizione impossibile, ossia che – una volta esclusa in radice la possibilità di una verifica dell'anomalia – possa concepirsi, in un pubblico incanto da effettuarsi secondo il criterio del prezzo più basso, la sopravvivenza di una *chance*, opponendosi a tale conclusione sia l'inesistenza di un ignoto esito alternativo della procedura, in quanto pienamente ricostruibile in maniera “virtuale” sulla base

delle offerte conosciute, sia l'impossibilità di un congetturato inadempimento del contratto da parte dell'aggiudicataria allorquando questa abbia già completamente eseguito la fornitura in questione. Quest'ultima circostanza, infatti, preclude radicalmente nel caso concreto, per le ragioni sopra chiarite, la praticabilità *ex post* di un ragionamento ipotetico e controfattuale riferito unicamente alle variabili conosciute al momento dell'esclusione dell'impresa Santoro.

12.5. Nessun risarcimento è infine dovuto al signor Santoro per il "danno da ritardo", giacché del tutto obliterato dal T.a.r..

13. In definitiva, l'appello comunale è fondato nei termini sopra precisati e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, il primitivo ricorso del signor Santoro può accogliersi con esclusivo riguardo alla domanda cassatoria, ma non anche con riferimento a quella aquiliana. Tutti i precedenti rilievi convergono infatti nella direzione della non spettanza all'appellato di alcun risarcimento a fronte dell'offerta di un ribasso del 6,5 %.

14. La complessità delle questioni giuridiche affrontate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie in parte l'appello e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie

in parte il ricorso di I grado.

Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 27.5.2005, con l'intervento dei magistrati:

Agostino Elefante	- Presidente
Giuseppe Farina	- Consigliere
Claudio Marchitello	- Consigliere
Marzio Branca	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere estensore
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE

**IL SEGRETARIO**

f.to Gaetano Navarra

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**L'11 gennaio 2006**

**(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)**

***IL DIRIGENTE***

f.to Antonio Natale