

**CONSIGLIO DI STATO Sez. VI, 11/05/2007 (C.c. 20.03.2007),
Sentenza n. 2306**

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N.2306/2007
Reg.Dec.
N. 1756 Reg.Ric.
ANNO 2006

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla RESTAURI & RECUPERI s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Starace e Giangiacomo Allodi, elettivamente domiciliata presso l'avv. Claudia De Curtis, in Roma, alla via M. Dionigi, 57;

contro

MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI, in persona del Ministro p.t., e l'Archivio di Stato di Torino, in persona del legale rappresentante p.t., costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12 hanno legale domicilio;

e nei confronti di

S.E.C.A.P. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Paolo Videtta ed elettivamente domiciliata in Roma, via Giulia, 189, presso lo studio del medesimo;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte -II sezione n. 4002/2005;
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali;
Visto il controricorso presentato dalla S.e.c.a.p.;
Vista la memoria presentata dall'appellante;
Visti tutti gli atti della causa;
Alla pubblica udienza del 20 marzo 2007, relatore Consigliere Roberto Giovagnoli; uditi per le parti l'avv. Starace e l'avv. dello Stato Cesaroni;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 28 maggio 2004 n. 124, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali - Archivio di Stato di Torino. indiceva un pubblico incanto, ex art. 20, comma 1, l. n. 109/94 ed art. 76 comma 1 d.P.R. n. 554/99, avente ad oggetto "realizzazione deposito interrato nel cortile dell'edificio storico di via Piave, 21, sede delle sezioni Riunite dell'Archivio di Stato di Torino".

Tale bando di gara, tra l'altro, richiedeva la categoria OG1 (Cat. IV D.P.R. n. 34/2000) per un ammontare pari al 70 per cento dell'importo dell'appalto e la categoria OG11 (Cat. III D.P.R. n. 34/2000) per un ammontare pari al restante 30 per cento. Entrambe le lavorazioni erano poi indicate come subappaltabili.

Il termine di presentazione delle offerte era fissato al 28 giugno 2004.

Seguiva, quindi, la pubblicazione di tale bando di gara, per estratto, su due quotidiani nazionali in

data 27 maggio 2004. In tale sunto era indicato, tra l'altro, il "sito" internet presso il quale erano disponibili in forma integrale, ai fini della necessaria consultazione, il bando di gara e il relativo disciplinare.

2. In data 8 giugno 2004, la medesima stazione appaltante inviava al Poligrafico dello Stato, ai fini della pubblicazione in G.U., una richiesta di correzione del bando di gara, nella parte in cui si riferiva alla lavorazione OG11, specificando, a differenza dell'originaria indicazione, che questa non era subappaltabile, ex art. 13 comma 7 l. n. 109/94. Nonostante la richiesta dell'Amministrazione, il Poligrafico non pubblicava sulla Gazzetta Ufficiale alcuna rettifica del bando.

3. Analoga correzione del bando era comunque inserita nel sito internet (indicato nel bando) presso il quale poteva leggersi tutta la documentazione di gara.

4. Effettuato il necessario sopralluogo richiesto, la Restauri & Recupero s.r.l. presentava la sua offerta, in cui, però, rifacendosi evidentemente all'originaria formulazione del bando, dichiarava l'intento di subappaltare le lavorazioni di cui alla categoria OG11, non essendo in possesso della III classifica richiesta dall'Amministrazione.

5. Nella prima seduta del 30 giugno 2004, la commissione di gara provvedeva ad escludere la Restauri & Recupero s.r.l., "...in quanto l'attestazione SOA prodotta risulta carente della categoria OG11 richiesta" e "Proceduto alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, come risulta(va) dall'allegato prospetto" "aggiudica(va), ai sensi dell'art. 21, comma 1, lettera C e 1 *bis* della legge n. 109/94 e s.m.i., alla ditta S.E.C.A.P. s.p.a."

In seguito a contestazione da parte dell'impresa interessata, che richiamava l'originale formulazione del bando, l'Amministrazione precisava, con nota prot. 5432/IV 2.3 del 22 luglio 2004, che: "...la correzione del bando ha riguardato unicamente l'adeguamento del medesimo alla normativa vigente in materia di subappalto (art. 13 comma 7 L. 109/94). Ciò posto, la doglianza relativa all'asserita mancata pubblicazione sugli organi ufficiali appare, in primo luogo, irrilevante, poiché la correzione non ha comportato ampliamento delle condizioni, è stata effettuata tramite altri efficaci mezzi di notizia e si è risolta nel recepimento di norma nota a tutti gli operatori di settore. La doglianza, in secondo luogo, sarebbe ininfluenza, per essersi trattato di mera correzione imposta, non comportante modifica delle condizioni di gara, ad inizio regolate dalla disposizione di cui all'art. 13 l. 109/94 citato, non derogabili dall'Amministrazione. La domanda di riammissione alla gara deve, infine essere respinta, per carenza di interesse, in quanto del tutto inidonea a modificarne l'esito (Cons. Stato VI 22/10/2002 n. 5813; 2/10/2001 n. 150)".

6. Con ricorso al T.a.r. Piemonte, notificato il 19 ottobre 2004, la Restauri & Recupero s.r.l. chiedeva l'annullamento, previa sospensione, degli atti indicati in epigrafe, lamentando:
1) Violazione e falsa applicazione del Bando e del Disciplinare di gara. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione dei principi generali in materia di gare d'appalto. Violazione dell'art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per istruttoria carente.

La società ricorrente premetteva di avere interesse all'annullamento richiesto, in quanto una sua riammissione alla gara avrebbe comportato la conseguente aggiudicazione dell'appalto in virtù del ribasso del 15,269% offerto.

La società ricorrente, quindi, precisava che la modifica al bando di gara richiamata dall'Amministrazione per giustificare l'esclusione non poteva avere rilevanza, perché non portata a conoscenza mediante forme di pubblicità identiche a quelle originariamente seguite per la originaria divulgazione. La modifica, infatti, non era stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ma solo su "altri" mezzi di notizia, peraltro sconosciuti alla ricorrente, e senza dare notizia della modifica apportata.

L'offerta della società ricorrente, quindi, era ammissibile perché fondata sulla prescrizione del bando come pubblicata sulla G.U. del 28 maggio 2004, che considerava subappaltabili entrambe le lavorazioni indicate.

Avendo dichiarato di voler subappaltare le lavorazioni di cui alla categoria OG11, quindi, la società ricorrente non era tenuta a possedere la III classifica e la sua esclusione, fondata su tale circostanza, era illegittima.

2) Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 comma 7 L. 109/94. Violazione e falsa applicazione degli artt. 72 e 74 D.P.R. 554/99. Violazione del principio dell'affidamento. Sviamento.

In linea subordinata, la società ricorrente impugnava le clausole del bando di gara, così come successivamente modificate, nella parte in cui escludevano la subappaltabilità delle opere rientranti nella categoria OG11.

7. Si costituiva in giudizio il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, evidenziando l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

In particolare, l'amministrazione resistente riteneva inammissibile il ricorso perché la società ricorrente non possedeva "ab origine" i requisiti e la qualificazione richiesti ed era priva, quindi, di alcuna possibilità di aggiudicazione.

8. Con "Controricorso", la S.E.C.A.P. s.p.a., in primo luogo, rilevava la tardività delle censure proposte avverso il bando di gara, perché non impugnato nei termini di decadenza e, in secondo luogo, illustrava le ragioni a sostegno dell'infondatezza del ricorso, richiamandosi, in sostanza, alla peculiarità delle lavorazioni corrispondenti alla categoria OG11 nel presente appalto.

9. Con sentenza n. 4002/2005 il T.a.r. Piemonte ha respinto il ricorso.

9.1. Nel rigettare il motivo di ricorso con cui la ricorrente faceva valere l'inefficacia della modifica del bando perché non adeguatamente pubblicizzata, il T.a.r. ha affermato:

- che la modifica del bando era opponibile all'impresa ricorrente anche se non pubblicata nella Gazzetta ufficiale, essendo a tal fine sufficiente la pubblicazione sul sito internet richiamato nel medesimo bando. In particolare, il T.a.r. ha osservato che il bando di gara specificava al punto I.1. che vi era un indirizzo telematico (www.multix.it/asto) presso il quale ottenere ulteriori informazioni nonché la documentazione: era, quindi onere di ciascuna impresa partecipante prendere visione di tutti gli atti di gara attraverso tutte le forme di pubblicità richiamate nel medesimo bando (tra cui il sito internet), prima di effettuare la propria offerta;
- la modifica del bando era stata pubblicata anche su un quotidiano economico a diffusione nazionale e, pertanto, era senz'altro conoscibile, con un minimo sforzo di diligenza, da parte dell'impresa ricorrente;
- tale modifica era comunque necessaria perché rispondente a prescrizioni di legge che non potevano essere disattese e che dovevano essere conosciute da tutti gli operatori del settore, tra cui certamente anche la società ricorrente;

9.2. Quanto alla legittimità della clausole risultante dalla modifica (che introduceva il divieto di subappalto per la categoria OG11), il Tar ha affermato che l'impossibilità di subappalto era stata legittimamente prevista dall'Amministrazione, atteso che le opere richieste (rientranti nella categoria OG11) erano opere di alta specializzazione, conosciute come tali da ogni partecipante alla gara che aveva preso visione della relativa documentazione.

10. Ha proposto appello la Restauri & Recupero s.r.l., che ha censurato la sentenza sia nella parte in cui ha riconosciuto efficace ed opponibile la modifica del bando di gara nonostante la mancata pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, sia nella parte in cui ha ritenuto legittimo il divieto di subappaltabilità (introdotto in sede di modifica) delle opere OG11.

11. Nel giudizio di appello si è costituito sia il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, che ha depositato documenti, sia la S.E.C.A.P., che ha presentato un controricorso nel quale ha, anzitutto, riproposto l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado non esaminata dal Tar, e, nel merito, ha chiesto il rigetto dell'appello sostenendone l'infondatezza.

12. Alla pubblica udienza del 20 marzo 2007, la causa è stata trattenuta in decisione e lo stesso giorno è stato pubblicato il dispositivo.

DIRITTO

13. L'appello è fondato.

14. Occorre anzitutto rigettare l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado riproposta in appello dalla controinteressata S.E.C.A.P.

Secondo la S.E.C.A.P., la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente (senza attendere il provvedimento di esclusione) la clausola del bando "rettificato" che stabiliva la non subappaltabilità delle opere rientranti nella categoria OG11. Il dies a quo per impugnare tale clausola, sostiene sempre la S.E.C.A.P., coincideva, nella ipotesi più favorevole per la ricorrente, con la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (28 giugno 2004), momento in cui la Restauri & Recuperi avrebbe dovuto rendersi conto dell'impossibilità della propria partecipazione alla gara nella forma prescelta, avendo preso visione (dichiarandolo espressamente nell'offerta) di tutta la documentazione di gara.

L'eccezione non può essere accolta. Anticipando quanto si avrà modo di ribadire nel prosieguo, le modifiche del bando di gara in tanto sono opponibili ed efficaci nei confronti delle imprese partecipanti alla gara in quanto siano state portate a conoscenza delle stesse nelle stesse forme e con le medesime modalità attraverso le quali è stato pubblicizzato il bando di gara.

Ne discende che, nel caso di specie, la rettifica del bando non è opponibile alla ricorrente, in quanto in assenza di adeguata pubblicità tale rettifica deve considerarsi *tamquam non esset*.

Il primo atto con effetti lesivi conosciuto dalla Restauri&Recuperi è rappresentato allora dal provvedimento di esclusione, comunicato alla stazione appaltante il 6 luglio 2004. Solo da questo momento decorreva, quindi, il termine per ricorrere.

Il ricorso di primo grado, notificato il 19 ottobre 2004, deve ritenersi, pertanto, tempestivamente proposto.

15. Nel merito, come si diceva, l'appello è fondato.

Il Collegio ritiene, infatti, che le modifiche del bando di gara non abbiano effetto nei confronti delle imprese partecipanti alla gara se non sono portate a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando.

Tale regola (che impone l'identità delle forme di pubblicità) si desume, anzitutto, dal più generale principio del *contrarius actus*, certamente applicabile all'autotutela provvedimentoale, in forza del quale la modifica o il ritiro di un atto deve avvenire nelle stesse forme (anche pubblicitarie) e seguendo le stesse procedure dell'atto modificato o ritirato.

Invero, il provvedimento di rettifica è espressione di una funzione amministrativa di contenuto identico, seppure di segno opposto, a quella esplicita in precedenza e, dunque, essa deve articolarsi secondo gli stessi moduli già adottati, senza i quali rischia di risultare monca o, comunque, difettosa rispetto all'identica causa del potere: pertanto, l'amministrazione è tenuta a porre in essere un procedimento gemello, anche a per quel che concerne le formalità pubblicitarie, di quello a suo tempo seguito per l'adozione dell'atto modificato, richiedendosi una speculare, quanto pedissequa, identità dello svolgimento procedimentale (Cons. Stato, Sez.IV, 3 marzo 1997, n. 183; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004 n. 6291).

Tale conclusione, è, del resto, avvalorata dai principi civilistici che regolano le forme per il ritiro o la modifica degli atti negoziali o prenegoziali che sono rivolti al pubblico.

Anche il codice civile, infatti, soprattutto laddove vengono in considerazione atti rivolti (similmente al bando di gara) non ad un singolo destinatario, ma ad una pluralità indeterminata di soggetti, detta una disciplina che richiede per la revoca l'osservanza della stessa forma già adottata per l'atto da ritirare.

In tal senso si segnala l'art. 1336 c.c. che, occupandosi dell'offerta al pubblico, prevede al secondo comma che la revoca dell'offerta, per essere efficace anche nei confronti di chi non ne abbia avuto notizia, deve essere necessariamente fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente. Ancora, viene in rilievo l'art. 1990 c.c. che, a proposito della revoca della promessa al pubblico, stabilisce che la revoca non ha effetto se non è resa pubblica nella stessa forma della promessa o in forma equivalente.

Tali regole, dirette a tutelare coloro che abbiano fatto affidamento sulla promessa o sull'offerta poi revocata, possono valere anche rispetto alla modifica del bando di gara.

Il bando, infatti, pur non avendo la natura giuridica di promessa al pubblico, né di offerta al pubblico (potendo essere semmai accostato, secondo una certa lettura pancivilistica, all'invito ad offrire: cfr. C.G.A., ordinanza 8 marzo 2005 n. 10) genera, comunque, in capo alle imprese partecipanti alla gara, un livello di affidamento (circa il rispetto da parte dell'Amministrazione della *lex specialis* in esso contenuta) non inferiore a quello generato dai predetti atti negoziali.

Una eventuale modifica del bando non può, pertanto, essere presidiata da garanzie formali meno incisive di quelle previste, nei rapporti tra privati, per gli atti negoziali o prenegoziali rivolti al pubblico. Il principio dell'identità della forma pubblicitaria sancita dall'art. 1336, comma 2, c.c., per l'offerta al pubblico, e dall'art. 1990 c.c., per la promessa al pubblico, deve, pertanto, valere anche per la modifica del bando di gara.

16. Ne deriva, applicando i principi appena esposti alla fattispecie che ci occupa, che la modifica del bando, con cui l'Amministrazione ha disposto la non subappaltabilità delle opere OG11, non può ritenersi produttiva di effetti per le imprese partecipanti alla gara, in quanto tale modifica non è stata resa pubblica (come richiesto dal principio del *contrarius actus* e dalle regole civilistiche desumibili dagli artt. 1336, comma 2, c.c. e 1990 cc.) nelle stesse forme del bando, cioè mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Né può essere ritenuta sufficiente la pubblicazione della modifica nel sito internet o su un quotidiano, sia pure a diffusione nazionale. Tale forme di pubblicità non possono, infatti, considerarsi in alcun modo equipollenti alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

17. L'inefficacia della modifica che l'Amministrazione ha apportato al bando rende illegittimo il successivo provvedimento di esclusione dell'odierna appellante. Tale provvedimento, motivato in ragione del fatto che la società appellante intendeva subappaltare le lavorazioni OG11, si pone, infatti, in contrasto con la *lex specialis* della gara, quella contenuta appunto nel bando "originario" che consentiva la subappaltabilità di tali opere.

18. In ogni caso, anche a prescindere dall'opponibilità della nuova clausola, il divieto di subappalto per la categoria OG11 introdotto dal Ministero a modifica del bando originario risulta, comunque, illegittimo.

La questione relativa alla subappaltabilità della categoria OG11 è stata chiarita da questa Sezione con la sentenza n. 4671/2003.

La questione ruota, come è noto, intorno all'interpretazione da dare all'art. 13, comma 7 legge n. 109/1994 a tenore del quale (nella versione risultante dalla modifica apportata dalla legge n. 166/2002): "Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari [...]".

Si tratta in particolare di stabilire se la soglia del 15%, al di sopra della quale l'art.13, comma 7, fa scattare il divieto di subappalto, debba essere calcolata sommando l'importo delle singole lavorazioni speciali incluse nella categoria OG11, o se, al contrario, tale soglia debba essere riferita alle singole opere specializzate individualmente considerate (con la conseguenza che il divieto opererebbe solo per quelle lavorazioni speciali il cui importo sia superiore al 15% dell'importo dell'appalto).

Accogliere l'una o l'altra tesi assume particolare rilevanza nel caso che ci occupa: nella fattispecie, infatti, dal bando risulta che la categoria OG11 complessivamente considerata include opere il cui importo complessivo (calcolato per sommatoria delle stesse) è pari al 30% dell'importo dell'appalto; il bando nulla dice, tuttavia, in ordine all'importo delle singole lavorazioni speciali rientranti nella predetta categoria OG11.

E' evidente, allora, che accogliendo la tesi della sommatoria dell'importo delle opere speciali, il

divieto di subappalto previsto nel bando modificato dovrebbe ritenersi legittimo. Al contrario, accogliendo la tesi opposta che richiede la valutazione atomistica dei singoli lavori, si dovrebbe concludere nel senso della illegittimità del divieto, avendo l'Amministrazione appaltante omesso di indicare se esistano e quali siano le opere speciali che, in sé considerate, superano la soglia del 15% dell'importo dell'appalto.

18.1. Nella sentenza n. 4761/2003, la Sezione, dopo aver illustrato le varie interpretazioni astrattamente prospettabili per l'art. 13, comma 7, legge n. 109/1994, ha chiarito, anche alla luce degli insegnamenti provenienti dalla giurisprudenza comunitaria:

a) che il divieto di subappalto può operare anche con riferimento a categorie generali come la categoria OG11 (in quanto tale categoria ricomprende in sé una serie di opere specializzate);

b) che, tuttavia, in questo caso, il divieto di subappalto opera solo in relazione alle singole opere speciali (ricomprese nella categoria OG11), che singolarmente considerate superino la soglia (prevista dal citato art. 13, comma 7) del 15 per cento dell'importo dei lavori;

c) che deve essere, invece, esclusa la possibilità per la stazione appaltante di prevedere il divieto di subappalto per la categoria OG11 senza alcuna specificazione ulteriore, sommando gli importi delle singole lavorazioni speciali in essa ricomprese, in quanto tale sommatoria avrebbe l'effetto di determinare una estensione generalizzata della portata del divieto di subappalto, il che costituisce conseguenza indesiderata sia per il diritto comunitario della concorrenza, sia per il legislatore della Merloni *quater* (che vuole che i divieti operino "per uno o più" lavori di altra specializzazione).

In definitiva, è onere delle Amministrazioni appaltanti, che intendano contemplare nei bandi il divieto di subappalto per le opere della categoria OG11, verificare se le singole opere speciali ivi rientranti superino o meno, singolarmente considerate, la soglia del 15 per cento; all'esito di tale verifica il divieto di subappalto dovrà essere riferito solo alle categorie di lavorazioni specializzate che superino detta soglia.

Nel caso di specie, il Ministero non ha effettuato tale verifica, ma ha riferito genericamente il divieto di subappalto alla categoria OG11, ritenendo decisiva la circostanza che l'importo delle lavorazioni ivi rientranti era pari al 30% dell'importo dell'appalto.

La tesi dell'Amministrazione (sostenuta in giudizio anche dalla controinteressata S.E.C.A.P.) si fonda, tuttavia, su un presupposto giuridicamente non accettabile, ossia la natura necessariamente assorbente, formale ed esclusiva della categoria generale ai fini dell'applicazione dell'art. 13, comma 7, legge n. 109/94, limitandosi a constatare che l'importo dei lavori per tale categoria supera il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, senza verificare se le singole categorie di lavorazioni specializzate comprese nella categoria generale, singolarmente prese, superino detta soglia.

In assenza di tale considerazione, che doveva spettare in primo luogo alla stazione appaltante, il divieto di subappalto previsto nel bando modificato si rivela illegittimo.

18.2. L'illegittimità della clausola determina, a sua volta, l'illegittimità del provvedimento di esclusione adottato applicando quella clausola.

19. L'appello, in definitiva, deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va annullato il provvedimento di esclusione della odierna appellante dalla gara di appalto e il successivo provvedimento di aggiudicazione a favore della S.E.C.A.P. s.p.a.

20. L'annullamento dei provvedimenti impugnati non è soddisfacente della pretesa della ricorrente, in quanto i lavori in questione sono stati eseguiti dall'impresa aggiudicataria o comunque si trovano in uno stato che non consente il subentro di altra impresa.

Deve, quindi, essere esaminata la domanda di risarcimento del danno, riproposta in appello.

Con riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione per i danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, questa Sezione ha già aderito a quell'orientamento favorevole a restare all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di

accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, (Cons. Stato, VI, 3 aprile 2007, n. 1514; 23 marzo 2007, n. 1114; 23 giugno 2006 n. 3981; 9 novembre 2006 n. 6607; IV, 6 luglio 2004 n. 5012; 10 agosto 2004 n. 5500).

20.1. Sotto il profilo dell'elemento oggettivo dell'illecito, si rileva che la ricorrente ha dimostrato che, in assenza dell'illegittimità commessa dall'amministrazione, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto, avendo offerto il più alto ribasso percentuale (15,269% a fronte del 15,047% della S.e.c.ap. s.p.a.).

Sussiste, dunque, il danno per non aver potuto eseguire i lavori e non aver tratto il relativo utile di impresa e tale danno si pone in rapporto di diretta causalità con la accertata illegittimità.

20.2. Per quanto concerne, l'elemento soggettivo, sulla base dei richiamati precedenti giurisprudenziali, va ribadito che non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della p.a.. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Si deve, peraltro, tenere presente che molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, inerenti la difficoltà interpretativa che ha causato la violazione; in simili casi il profilo probatorio resta in larga parte assorbito dalla *questio iuris*, che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio *iura novit curia*.

Spetta, quindi, al giudice valutare, in relazione ad ogni singola fattispecie, la configurabilità concreta della colpa, che spetta poi all'amministrazione superare; inoltre, in assenza di discrezionalità o in presenza di margini ridotti di essa, le presunzioni semplici di colpevolezza saranno più facilmente configurabili, mentre in presenza di ampi poteri discrezionali ed in assenza di specifici elementi presuntivi, sarà necessario uno sforzo probatorio ulteriore, gravante sul danneggiato, che potrà ad esempio allegare la mancata valutazione degli apporti resi nella fase partecipativa del procedimento o che avrebbe potuto rendere se la partecipazione non è stata consentita.

Va, infine, precisato che alcun elemento contrario alla effettuata ricostruzione della nozione di colpa della p.a. può trarsi dalla giurisprudenza comunitaria.

Con una recente sentenza la Corte di Giustizia ha sanzionato lo Stato del Portogallo per aver subordinato la condanna al risarcimento dei soggetti lesi in seguito alle violazioni del diritto comunitario che regolano la materia dei pubblici appalti alla allegazione della prova, da parte dei danneggiati, che gli atti illegittimi dello Stato o degli enti di diritto pubblico siano stati commessi colposamente o dolosamente (Corte Giust., 14 ottobre 2004, C-275/03).

Tuttavia, tale decisione appare riferirsi all'onere della prova in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità della p.a. e non alla esigenza di accertare la responsabilità, prescindendo dalla colpa dell'amministrazione.

Come illustrato, nell'ordinamento italiano la possibilità per il privato danneggiato di utilizzare

presunzioni pone sostanzialmente a carico della p.a. l'onere di dimostrare l'esistenza di un errore scusabile, senza alcuna lesione, quindi, dei principi comunitari.

Inoltre, va considerato che la stessa Corte di Giustizia, pur non facendo riferimento alla nozione di colpa della p.a., utilizza, a fini risarcitori, il criterio della manifesta e grave violazione del diritto comunitario, sulla base degli stessi elementi, descritti in precedenza e utilizzati nel nostro ordinamento per la configurabilità dell'errore scusabile (Corte Giust. CE, 5 marzo 1996, C- 46 e 48/93, Brasserie du Pecheur, in cui, al punto 78, viene riconosciuto che alcuni degli elementi indicati per valutare se vi sia violazione manifesta e grave sono riconducibili alla nozione di colpa nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali).

20.3. Precisata la nozione di colpa della p.a., si tratta ora di applicare i suesposti principi alla fattispecie in esame.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che l'Amministrazione non possa invocare l'errore scusabile a giustificazione delle illegittimità commesse.

Da un lato, infatti, l'Amministrazione ha modificato il bando di gara senza darne divulgazione mediante le stesse forme di pubblicità (pubblicazione nella G.U.R.I.) utilizzate per l'indizione di una gara, violando così un principio fondamentale in materia di autotutela provvedimentale quale è quello del *contrarius actus*.

Dall'altro, in sede di modifica del bando, ha introdotto una clausola illegittima perché ha stabilito un divieto di subappalto per la categoria OG11 procedendo alla sommatoria delle opere speciali ivi rientranti. Ora, la questione della subappaltabilità delle opere OG11, dopo le prime incertezze applicative (legate alla non chiarissima formulazione dell'art. 13, comma 7, legge n. 109/1994 nella sua originaria versione), è stata chiarita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato a partire dalla sentenza sez. VI, n. 4671/2003. Anche le incertezze applicative legate alla incerta formulazione dell'art. 13, comma 7, legge n. 109/1994 sono state in gran parte superate con la modifica apporta dalla legge n. 166/2002.

Alla luce della descritta evoluzione giurisprudenziale e normativa (verificatasi in epoca anteriore all'emanazione dei provvedimenti oggetto del presente giudizio), il Collegio ritiene che non vi sia spazio, neanche per quanto attiene a tale aspetto, per affermare la scusabilità dell'errore dell'Amministrazione.

20.4. Va, infine, evidenziato che non esclude la colpa la circostanza che il giudice di primo grado abbia dato ragione all'amministrazione con decisione ribaltata in appello, in quanto anche il Tar può incorrere in errore (come nel caso di specie) e comunque non appare ragionevole dare rilevanza ad un fatto successivo a quello che ha generato l'illecito; aderendo a tale impostazione, la sussistenza della colpa sarebbe ravvisabile nelle sole ipotesi in cui il privato ottenga ragione in entrambi i gradi del giudizio, finendo il giudizio di primo grado ad essere quello decisivo.

Si è trattato, quindi, di un evidente errore, che in alcun modo può essere ritenuto scusabile e ciò conduce a ritenere sussistente l'elemento della colpa dell'amministrazione appellata.

21. Sotto il profilo della quantificazione del danno, si ritiene di dover fissare, ai sensi dell'art. 35, comma 2, del D. Lgs. n. 80/1998, i criteri in base ai quali il Ministero per i beni e le attività culturali dovrà proporre a favore della appellante il pagamento di una somma entro il termine di giorni 90 dalla pubblicazione della presente decisione.

Con riguardo ai criteri da seguire, l'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto viene presuntivamente quantificato nel 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata (Cons. Stato, V, 8 luglio 2002 n. 3796; Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004 n. 5012), ma tale percentuale deve essere ridotta al 5 % nel caso in cui l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri servizi (Cons. Stato, V 24 ottobre 2002 n. 5860; VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

Tale percentuale sarà fissata in misura non superiore al 5 % qualora l'appellante non fornisca all'Amministrazione idonee prove di aver tenuto ferma la propria organizzazione imprenditoriale o comunque di aver subito una rilevante contrazione dei propri bilanci nel periodo in questione (in

base a tale documentazione, che l'appellante è tenuta a produrre al Ministero entro 30 giorni dalla pubblicazione della presente decisione, il Ministero fisserà la suddetta percentuale).

Detto importo, da considerarsi già attualizzato, dovrà essere aumentato, in via equitativa, dell'1 %, in considerazione dell'ulteriore danno, consistente nell'incidenza della perdita della chance anche in relazione ai requisiti di qualificazione e di valutazione, invocabili in successive gare.

Non vi è, invece, spazio per il risarcimento per equivalente del danno emergente consistente nei costi di partecipazione alla gara, atteso che tali costi restano ordinariamente a carico dei partecipanti alla gara, e che mediante il risarcimento del danno non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione, atteso che anche l'aggiudicatario sopporta in proprio i costi di partecipazione alla gara.

22. In conclusione, l'appello proposto dalla Restauri & Recuperi deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tar Piemonte n. 4002/2005, vanno annullati gli atti impugnati in primo grado e il Ministero per i Beni e le Attività Culturali va condannato al risarcimento del danno a favore dell'appellante secondo i criteri fissati in motivazione ex art. 35, comma 2, d.lgs. n. 80/1998.

23. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio nella misura della metà, mentre per l'altra metà devono essere poste, in solido, a carico della parti appellate e sono liquidate in complessivi € 1500,00 (millecinquecento/00).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello n. 1756/2006 lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Ministero per i Beni e le Attività Culturali al risarcimento del danno a favore di parte appellante, da quantificare, ai sensi dell'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 80/98, secondo i criteri stabiliti in motivazione.

Compensa per metà le spese di giudizio e per l'altra, metà, condanna, in solido le parti appellate a rifondere all'appellante € 1.500,00 (millecinquecento/00).

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 20 Marzo 2007 con l'intervento dei Sigg.ri:
:

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere

Segretario

ROBERTO GIOVAGNOLI

CLAUDIO SIMONINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 11/05/2007

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA