Consiglio di Stato, Sezione Quarta - 06/07/2004, n. 5012. Pres. Salvatore. Est. Deodato.

FATTO

Con la sentenza appellata il T.R.G.A., sezione di Bolzano, annullava l'aggiudicazione alla Gasser s.r.l. dell'ottavo lotto di un appalto di fornitura di automezzi, indetto dalla Provincia di Bolzano con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del rilievo dell'illegittimità - per disparità di trattamento - della clausola con cui si riconosceva il 5% del punteggio al criterio dell'"uniformità con veicoli già in dotazione", e condannava l'amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente in favore della ricorrente Gabe.Ko s.r.l., dettando, ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, il parametro determinativo del 5% delle spese vive, a titolo di danno emergente, e del 10% dell'importo a base d'asta, quale lucro cessante per perdita di chance.

Tale decisione veniva appellata dalla Gabe.Ko s.r.l. (sostanzialmente vincitrice nel giudizio di primo grado), nella parte in cui aveva omesso di riconoscere la spettanza alla stessa ricorrente dell'aggiudicazione dell'appalto e in quella in cui aveva stabilito insoddisfacenti criteri di liquidazione del danno, che ne domandava, quindi, la riforma, con le conseguenti statuizioni risarcitorie più favorevoli.

Resisteva la Provincia Autonoma di Bolzano che contestava la fondatezza dell'impugnazione e che proponeva appello incidentale del capo con cui era stata ritenuta tempestiva l'impugnazione del criterio di aggiudicazione relativo all'"uniformità con veicoli già in dotazione" e di quello con cui era stata accertata la ricorrenza della propria responsabilità, e, in particolare, del requisito della colpa, concludendo per la riforma della sentenza appellata e per la conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado o, in subordine, per la reiezione della pretesa risarcitoria.

Non si costituiva, invece, la Gasser s.r.l.

All'udienza del 6 aprile 2004 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Deve preliminarmente rilevarsi che l'omessa impugnazione incidentale del capo della decisione con cui è stata accertata la sussistenza del vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento del criterio di valutazione dell'offerta che assegnava il 5% del punteggio all'elemento dell'uniformità degli automezzi offerti con quelli già in dotazione ed annullata, di conseguenza, l'aggiudicazione alla società controinteressata dell'appalto implica l'avvenuto passaggio in giudicato della relativa statuizione per acquiescenza tacita ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c., sicchè la questione dell'illegittimità dell'atto conclusivo della procedura selettiva deve ritenersi irrevocabilmente definita con la parte della decisione rimasta inappellata e, di conseguenza, estranea all'oggetto della presente fase processale.

Il thema decidendum dell'attuale grado resta, quindi, circoscritto alla disamina delle questioni relative alla tempestività del ricorso di primo grado ed alla sussistenza della responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice in ordine ai danni patiti dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittima selezione di altra impresa appaltatrice (sollevate dalla Provincia con l'appello incidentale) e di quelle attinenti alla misura del pregiudizio risarcibile (sollevate dalla ricorrente con l'appello principale).

2.- Così descritti i confini del dibattito processuale, si deve rilevare che risulta logicamente antecedente l'esame dell'appello incidentale, discendendo dal suo eventuale accoglimento, e, quindi, dall'accertamento dell'irricevibilità del ricorso di primo grado o dell'infondatezza della pretesa risarcitoria, l'improcedibilità dell'appello principale, siccome indirizzato a contestare il quantum debeatur riconosciuto in prima istanza.

L'appello incidentale proposto dalla Provincia si fonda su due distinte ragioni di impugnazione.

3.- Con il primo motivo si contesta la correttezza della statuizione reiettiva dell'eccezione di tardività dell'impugnazione della clausola del bando contenente il criterio di valutazione relativo all'"uniformità con i veicoli già in dotazione".

La Provincia continua, in particolare, a sostenere che quella prescrizione, siccome immediatamente lesiva, avrebbe dovuto essere impugnata, a pena di decadenza, con il bando, che la conteneva, e non unitamente all'aggiudicazione della gara ad altra impresa.

3.1- L'assunto è infondato e va disatteso.

3.2- Come, infatti, affermato dall'indirizzo giurisprudenziale recentemente consacrato dall'Adunanza Plenaria (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1), e qui condiviso, devono essere impugnate immediatamente solo le clausole del bando che stabiliscono i requisiti di partecipazione alla procedura e che rivestono, quindi, valenza lesiva concreta e direttamente percepibile dall'impresa che vede pregiudicato da subito il suo interesse partecipativo, mentre quelle che concernono le regole della selezione ed i criteri di aggiudicazione vanno impugnate unitamente all'atto applicativo, e, in particolare, all'aggiudicazione, che, solo, ne rivela l'effettiva idoneità lesiva ed attualizza l'interesse alla contestazione della loro legittimità.

4.- Con il secondo ordine di argomenti, si contesta la decisione appellata nella parte in cui ha riconosciuto la responsabilità dell'amministrazione, in asserito difetto di un apprezzamento adeguato della sussistenza dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità (anche se la contestazione relativa a quest'ultima questione si rivela sprovvista di critiche specifiche).

4.1- Anche tale censura è infondata, alla stregua delle considerazioni che seguono, e va disattesa.

4.2- Giova premettere alcune considerazioni di sistema in merito all'accertamento del requisito dell'elemento soggettivo nella fattispecie di responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimentale illegittima, dando conto, in particolare, del tormentato percorso evolutivo seguìto dalla giurisprudenza nell'individuazione dei caratteri della colpa dell'apparato pubblico.

4.3- Com'è noto, l'impostazione giurisprudenziale tradizionale (cfr. ex multis Cass. Civ., sez. III, 9 giugno 1995, n. 6542), formatasi prima della sentenza delle Sezioni Unite n.

500 del 22 luglio 1999, risolveva la questione ritenendo la colpa dell'amministrazione insita nell'esecuzione di un provvedimento amministrativo illegittimo.

Secondo tale ricostruzione, quindi, l'illegittimità dell'atto amministrativo portato ad esecuzione integrava, di per sé, gli estremi della colpevolezza postulata dall'art. 2043 c.c. per la costituzione dell'obbligazione risarcitoria.

La nozione di culpa in re ipsa si fondava, in particolare, sul rilievo che la semplice adozione ed esecuzione di un provvedimento illegittimo da parte di un soggetto dotato di capacità istituzionale e di competenza funzionale ad operare nel settore di riferimento concretasse quella consapevole violazione di leggi, regolamenti o norme di condotta non scritte nella quale si risolve la colpa, secondo la definizione del suo contenuto essenziale fornita dall'art. 43 c.p.

La categoria concettuale della presunzione assoluta di colpa (chè di questo si tratta), concepita dalla giurisprudenza anche per semplificare l'accertamento dell'illecito e per favorire la tutela risarcitoria del privato danneggiato (altrimenti onerato di una prova complessa e priva di parametri certi), è parsa, comunque, incompatibile con i principi generali della natura personale della responsabilità civile e del carattere eccezionale di quella oggettiva, risolvendosi nell'ingiusta assegnazione all'amministrazione di un trattamento deteriore rispetto a quello degli altri soggetti di diritto.

4.4- Tali dubbi di coerenza sistematica della presunzione assoluta di colpa sono stati risolti dalla Suprema Corte (con la nota sentenza a Sezioni Unite n. 500/99), mediante il superamento della teoria della culpa in re ipsa e la contestuale definizione di indici identificativi della colpa, indicati nell'ascrizione all'amministrazione, intesa come apparato, e non al funzionario agente, della "violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che...si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

Va, tuttavia, fin da subito rilevato che la scarna descrizione degli elementi essenziali della colpa rinvenibile nel passaggio della motivazione della sentenza n. 500/99 dedicato

alla questione si rivela carente ed inidonea a fornire agli operatori paradigmi valutativi certi ed al sistema una catalogazione concettuale definita.

La Suprema Corte chiarisce, innanzitutto, che l'indagine riservata al giudice deve riferirsi alla pubblica amministrazione come apparato impersonale e non al funzionario che ha adottato l'atto illegittimo.

Tale prima indicazione, se vale a svincolare l'accertamento giudiziale dai canoni d'indagine utilizzati ordinariamente per la verifica della sussistenza della colpevolezza in capo alle persone fisiche, non serve, tuttavia, in positivo, ad orientare l'indagine verso un centro d'imputazione della responsabilità agevolmente individuabile e, soprattutto, non offre sicuri criteri di giudizio nel compimento della disamina contestualmente suggerita.

Le ragioni di tali difficoltà si risolvono, a ben vedere, sull'improprio riferimento dello stato psicologico di colpevolezza all'organizzazione dell'ente, anziché alla persona fisica legittimata ad esprimerne la volontà o ad esso legata da un vincolo di subordinazione (come accade per le ipotesi di responsabilità, diretta e indiretta, degli enti privati).

La colpa d'apparato sembra, quindi, coincidere con la verifica di una disfunzione della funzione amministrativa, determinata dalla disorganizzazione nella gestione del personale, dei mezzi e delle risorse degli uffici cui è imputabile l'adozione o l'esecuzione dell'atto illegittimo.

Sennonchè, se tale è il carattere essenziale della colpa d'apparato la stessa si rivela impropriamente introdotta nella struttura dell'illecito, sia perché l'eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale non è necessariamente causa dell'illegittimità dell'atto, sia perché la stessa risulta essenzialmente estranea al profilo psicologico dell'azione amministrativa immediatamente produttiva del danno e, quindi, al campo d'indagine riservato al giudice chiamato a pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria.

Non solo, ma la descrizione (appena riferita) dei requisiti della colpa omette qualsiasi considerazione e valorizzazione di circostanze esimenti, con ciò precludendo, di fatto,

proprio quella penetrante indagine della riferibilità soggettiva del danno alla colpevole azione amministrativa che si raccomanda contestualmente al giudice del risarcimento.

4.5- Le ricostruzioni più recenti si sono, invece, basate, in antitesi all'indirizzo della Suprema Corte, sul rilievo critico che il criterio della "...violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi..." (indicato nella sentenza n. 500/99) si risolve, se non attenuato da uno spazio di non colpevolezza (tuttavia non evidenziato dalla Cassazione), nella tautologica affermazione della coincidenza della colpa con l'illegittimità del provvedimento, con surrettizia reintroduzione della tesi che si è dichiarato di voler abbandonare.

4.6- In una delle prime e più importanti pronunce che si sono occupate della questione (Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169) è stata condivisa la concezione oggettiva della colpa suggerita dalla Cassazione, che si basa cioè sull'apprezzamento dei vizi che inficiano il provvedimento, ma sono stati mutuati dalla giurisprudenza comunitaria diversi indici valutativi quali "...la gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento".

In applicazione di tali canoni di valutazione, il giudice deve, quindi, formulare il giudizio sulla colpevolezza dell'amministrazione, affermandola quando la violazione risulta grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tale da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e, viceversa, negandola quando l'indagine presupposta conduce al riconoscimento di un errore scusabile (per la sussistenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto).

4.7- In una successiva pronuncia (Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239), sono stati ulteriormente chiariti i caratteri della responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale ed, accedendo ad una ricostruzione dogmatica della stessa in termini di responsabilità da contatto sociale qualificato, si è precisato che, in analogia alle forme di accertamento giudiziale dell'illecito contrattuale o precontrattuale (e, in particolare, del criterio di imputazione del danno definito dall'art. 1218 c.c.), la responsabilità dell'amministrazione per l'adozione di un atto illegittimo può presumersi, sotto il profilo dell'ascrivibilità del pregiudizio ad una condotta colposa dell'apparato.

In esito alla presupposta catalogazione concettuale della natura della responsabilità dell'amministrazione, svincolata dalla struttura e dalla disciplina dell'illecito aquiliano, è stato, quindi, ammesso il privato alla mera allegazione del danno patito e della sua riconducibilità eziologia all'adozione od all'esecuzione di un provvedimento viziato ed imposto all'amministrazione l'onere di dimostrare la propria incolpevolezza per mezzo della deduzione di elementi di fatto e di diritto idonei a documentare la ricorrenza di un errore scusabile e, quindi, a dimostrare l'assenza di colpa nel proprio operato.

Tale semplificazione probatoria viene, in particolare, giustificata e legittimata non tanto con il ricorso a presunzioni semplici, pure limitatamente invocabili nell'accertamento dell'elemento soggettivo, ma con una distribuzione dell'onere della prova che, sotto un profilo sostanziale, appare rispondere ad esigenze di garanzia e di favore per la posizione processuale del privato e, sotto un profilo di coerenza logico-sistematica dell'ordinamento processuale, si fonda su una lettura dell'illecito dell'amministrazione in termini analoghi a quelli propri dell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale o dei doveri di correttezza ravvisabili nella fase delle trattative (e, quindi, tipici della responsabilità precontrattuale).

In tale ottica, viene superata l'equivalenza, precedentemente riconosciuta dalla stessa giurisprudenza amministrativa, colpa-violazione grave, ritenendosi, di contro, che quella enunciazione teorica si risolva in un'inammissibile limitazione della responsabilità

dell'amministrazione ai soli casi di colpa grave (ma in difetto di una previsione positiva in tal senso) e che, quindi, anche la sussistenza di un vizio non macroscopico possa implicare responsabilità dell'amministrazione nella colpevole inosservanza dei pertinenti canoni d'azione.

Siffatta ricostruzione teorica è stata, poi, confermata sia dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204), sia da quella ordinaria (Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157) che, in conformità alla riferita elaborazione concettuale, hanno condiviso l'assimilazione della responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimentale (segnatamente per lesione degli interessi c.d. pretensivi) a quella contrattuale per violazione di diritti relativi, con le implicazioni già evidenziate in tema di accertamento della colpa.

4.8- Il Collegio dissente, tuttavia, dalla ricostruzione che ha fatto applicazione dei principi che presiedono alla responsabilità contrattuale per inadempimento al fine di giustificare l'affermazione della presunzione relativa di colpa e l'ascrizione all'amministrazione dell'onere di dimostrare la propria incolpevolezza e reputa, di contro, che le condivisibili esigenze di semplificazione probatoria sottese all'impostazione criticata possono essere parimenti soddisfatte restando 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, ma utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c.

In tale ottica, il privato danneggiato, ancorchè onerato della dimostrazione della colpa dell'amministrazione, risulta agevolato dalla possibilità di offrire al giudice elementi indiziari - acquisibili, sia pure con i connotati normativamente previsti, con maggior facilità delle prove dirette - quali la gravità della violazione (qui valorizzata quale presunzione semplice di colpa e non come criterio di valutazione assoluto), il carattere

vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo al procedimento.

Così che, acquisiti gli indici rivelatori della colpa, spetta poi all'amministrazione l'allegazione degli elementi (pure indiziari) ascrivibili allo schema dell'errore scusabile e, in definitiva, al giudice, così come, in sostanza, voluto dalla Cassazione con la sentenza n. 500/99, apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità ad attestare o ad escludere la colpevolezza dell'amministrazione.

4.9- La rilevata semplificazione dell'onere probatorio (a carico e a discarico) appena descritta impone, quindi, di definire i caratteri che devono possedere gli elementi addotti a propria discolpa dalla pubblica amministrazione, a fronte della produzione degli indizi a suo carico, perché la situazione allegata integri gli estremi dell'errore scusabile e consenta, perciò, di escludere la colpa dell'apparato amministrativo.

Appare utile, al riguardo, riferirsi alla giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia C.E., 5 marzo 1996, cause riunite nn. 46 e 48 del 1993; 23 maggio 1996, causa C5 del 1994) che, pur assegnando valenza pressoché decisiva alla gravità della violazione, indica, quali parametri valutativi di quel carattere, il grado di chiarezza e precisione della norma violata e la presenza di una giurisprudenza consolidata sulla questione esaminata e definita dall'amministrazione, nonché la novità di quest'ultima, riconoscendo così portata esimente all'errore di diritto, in analogia all'elaborazione della giurisprudenza penale in tema di buona fede nelle contravvenzioni.

Esclusa la correttezza di ogni riferimento, pure in astratto invocabile, al livello culturale ed alle condizioni psicologiche soggettive del funzionario che ha adottato l'atto, risulta, in proposito, accettabile il criterio della comprensibilità della portata precettiva della disposizione inosservata e della univocità e chiarezza della sua interpretazione, potendosi ammettere l'esenzione da colpa solo in presenza di un quadro normativo confuso e privo di chiarezza; restando, altrimenti, l'amministrazione soggetta

all'inevitabile giudizio di colpevolezza nella violazione di un canone di condotta agevolmente percepibile nella sua portata vincolante.

Così come appaiono condivisibili i riferimenti, da più parti suggeriti, al criterio di imputazione soggettiva della responsabilità del professionista di cui all'art. 2236 c.c. che, riconnettendo il grado di colpevolezza richiesto per la costituzione dell'obbligazione risarcitoria alla difficoltà dei problemi tecnici affrontati nell'esecuzione dell'opera, introduce un parametro di ascrizione del danno che tiene conto del grado di complessità delle questioni implicate dall'esecuzione della prestazione e che attenua la responsabilità del prestatore d'opera quando il livello di difficoltà risulti rilevante.

La medesima ratio sottesa alla richiamata disposizione civilistica può, infatti, ravvisarsi nelle fattispecie nelle quali la situazione di fatto esaminata dal funzionario comporta la risoluzione di problemi tecnici particolarmente rilevanti ed in cui, in definitiva, l'accertamento dei presupposti di fatto dell'azione amministrativa implica valutazioni scientifiche complesse o verifiche difficoltose della realtà fattuale.

A fronte, infatti, di una situazione connotata da apprezzabili profili di complessità, può, in particolare, ritenersi giustificata, in analogia con la disciplina della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, un'attenuazione di quella dell'amministrazione che la circoscriva alle sole ipotesi di colpa grave.

4.10- La ricostruzione appena esposta soddisfa, in particolare, al contempo, le esigenze di superare l'inaccettabile equazione illegittimità dell'atto-colpa dell'apparato pubblico, surrettiziamente reintrodotta con la sentenza n. 500/99, di valorizzare gli aspetti obiettivi della condotta antigiuridica dell'amministrazione, di restituire coerenza sistematica alla regola di riparto dell'onere della prova da applicarsi nello schema di responsabilità in questione e, in definitiva, di agevolare le parti (rispettivamente interessate) nell'adempimento del dovere di dimostrare la colpa, in prima battuta, o la sua mancanza, negli estremi dell'esimente dell'errore scusabile.

4.11- Così definiti i caratteri costitutivi della colpa della pubblica amministrazione, risulta agevole rilevare, in ordine alla fattispecie in esame, che la predisposizione di una regola di gara che determina una disparità di trattamento tra i concorrenti, favorendo una delle imprese partecipanti, si rivela lesiva della regola di condotta più sicura ed evidente che deve osservare l'amministrazione nella gestione di una procedura competitiva: la parità di trattamento dei competitori.

A fronte della violazione del dovere di garantire la par condicio (definitivamente accertata con il capo della decisione appellata passato in giudicato), non risulta, di contro, apprezzabile alcun elemento, peraltro neanche allegato dall'amministrazione (oneratavi), riconducibile ad una delle situazioni, sopra descritte, che autorizzano la configurabilità dell'errore scusabile.

4.12- Va, quindi, confermata la correttezza della statuizione appellata, là dove ha riconosciuto gli estremi dell'elemento psicologico della condotta lesiva scrutinata, con conseguente reiezione anche del secondo motivo dell'appello incidentale.

5.-La reiezione dell'appello incidentale impone l'esame di quello principale.

5.1- Come già rilevato, la società ricorrente fonda la sua iniziativa sull'insoddisfazione dei contenuti della tutela risarcitoria accordatale dai primi giudici e sulla conseguente aspirazione ad ottenere, con l'accoglimento dell'appello, un risultato più favorevole.

A tal fine, prospetta due distinte tesi difensive: con la prima invoca l'accertamento incidentale della spettanza a sé dell'appalto, con conseguente rideterminazione della misura del pregiudizio risarcibile; con la seconda si duole dell'esiguità del quantum riconosciutole dai primi giudici, seppur nella forma della fissazione dei criteri di determinazione ai sensi dell'art. 35 d. lgs. n. 80/98.

5.2- Risulta indispensabile, anche qui, una preliminare ricognizione dei parametri di determinazione del danno connesso alla lesione di interessi pretensivi (con particolare riferimento a quelli emergenti nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici).

Si deve premettere, in via generale, che la tutela risarcitoria serve ad assicurare al danneggiato la restitutio in integrum del suo patrimonio e, quindi, a garantire l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'attività illecita ascritta al soggetto responsabile.

La riparazione delle conseguenze dannose viene garantita dall'ordinamento mediante due modelli di tutela, tra loro alternativi: quello del risarcimento per equivalente, che riconosce al danneggiato il diritto ad una somma di denaro equivalente al valore della lesione patrimoniale patita e quello della reintegrazione in forma specifica, che attribuisce al soggetto passivo la medesima utilità, giuridica od economica, sacrificata o danneggiata dalla condotta illecita.

5.3- L'analisi che segue viene circoscritta alla sola tecnica del risarcimento per equivalente, unicamente rilevante in quanto l'unica nella specie invocata dalla ricorrente (per come appresso evidenziato).

Tale modalità di riparazione si risolve, a ben vedere, in una forma di tutela per così dire surrogatoria, nel senso che garantisce, non l'utilità perduta o compromessa, ma, in sua sostituzione, una somma di denaro corrispondente al valore del bene della vita pregiudicato.

Il vero problema di tale forma di tutela coincide, allora, con la liquidazione del danno e cioè con la determinazione della misura dell'obbligazione pecuniaria dovuta in sostituzione del bene della vita ormai irrimediabilmente perduto o danneggiato.

Se tale opera di quantificazione risulta agevole nei casi, configurabili per lo più nelle attività illecite materiali, in cui il valore del bene leso è facilmente individuabile (si pensi ai danni subiti da un autoveicolo in un incidente stradale), non altrettanto può dirsi per le ipotesi, quali quelle interessate dall'attività provvedimentale lesiva, in cui la situazione soggettiva pregiudicata è connessa ad aspettative o interessi difficilmente apprezzabili nella loro consistenza economica.

Occorre, quindi, avvertire fin da ora che le maggiori difficoltà incontrate dal legislatore e dalla giurisprudenza nel definire i contorni della nuova forma di tutela introdotta nell'ordinamento con il riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi sono riconducibili proprio alla catalogazione di criteri e parametri certi, funzionali alla determinazione della misura del pregiudizio risarcibile.

È vero, infatti, che, nell'impossibilità di dimostrare la misura esatta del danno, soccorre il metodo di liquidazione equitativa dettato dall'art. 1226 c.c., certamente utilizzabile anche dal giudice amministrativo, ma, mentre nel sistema delineato dal codice civile l'ipotesi considerata viene contemplata come eccezionale, le pretese risarcitorie svolte contro la pubblica amministrazione (soprattutto per lesione di interessi legittimi) risultano endemicamente connotate da estrema difficoltà nella definizione del valore economico della posizione soggettiva lesa dall'atto illegittimo, sicchè compete per lo più alla giurisprudenza l'individuazione di canoni valutativi sufficientemente certi e satisfattivi delle esigenze di effettività della tutela postulate dalla nuova forma di protezione degli interessi legittimi.

Le difficoltà appena registrate risultano, in particolare, maggiormente avvertite nei casi di lesione di interessi pretensivi e procedimentali (nei quali la verifica della spettanza del bene della vita postula un'intermediazione amministrativa favorevole e risultano, quindi, difficilmente apprezzabili le effettive implicazioni economiche della violazione accertata), mentre si rivela più agevole la quantificazione del danno nei casi di lesione di interessi oppositivi (nei quali si tratta di determinare il valore del bene illegittimamente sacrificato).

5.4- Così illustrati in astratto i confini problematici del tema della quantificazione del danno, occorre esaminare i riflessi processuali della dimostrazione e determinazione del pregiudizio risarcibile.

La comune ascrizione dell'illecito commesso dall'amministrazione nell'esercizio dell'attività provvedimentale allo schema della responsabilità extracontrattuale implica,

innanzitutto, che incombe al ricorrente (presunto danneggiato) l'onere di dimostrare l'esistenza di un pregiudizio patrimoniale, la sua riconducibilità eziologia all'adozione del provvedimento illegittimo e la sua misura, come riconosciuto dall'indirizzo prevalente formatosi in seno alla giurisprudenza amministrativa (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2002, n. 416, in cui si ribadisce che incombe al danneggiato la prova di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito).

Ne consegue che il ricorrente non potrà limitarsi ad addurre l'illegittimità dell'atto, valendosi, ai fini della sua quantificazione, del principio dispositivo con metodo acquisitivo e, quindi, della sufficienza dell'allegazione di un principio di prova, ma dovrà compiere l'ulteriore sforzo probatorio di documentare il pregiudizio patrimoniale del quale chiede il ristoro nel suo esatto ammontare (pur con i limiti ontologici dell'assolvimento di tale onere).

In merito al contenuto della dimostrazione richiesta, va, peraltro, precisato che, poiché l'annullamento dell'atto illegittimo può determinare, da solo, l'integrale riparazione delle sue conseguenze lesive, compete al ricorrente provare che la rimozione del provvedimento non soddisfa, di per sé, l'interesse azionato e che residua un danno ulteriore nella sua sfera patrimoniale, non interamente reintegrato (in forma specifica) per effetto della caducazione dell'atto.

5.5- Come già rilevato, tuttavia, quando la lesione lamentata concerne interessi pretensivi o procedimentali la dimostrazione della misura del danno patrimoniale patito dal privato si rivela difficile, se non impossibile.

A fronte, infatti, del diniego di un'autorizzazione, della mancata aggiudicazione di un appalto o dell'omessa partecipazione al procedimento, risulta estremamente arduo definire l'esatto ammontare della perdita economica patita dall'interessato.

Appare utile, a tal riguardo, rammentare che il pregiudizio risarcibile si compone, secondo la definizione offerta dall'art. 1223 c.c., del danno emergente e del lucro cessante: e cioè della diminuzione reale del patrimonio del privato, per effetto di esborsi

connessi alla (inutile) partecipazione al procedimento, e della perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione del provvedimento illegittimo.

Se per la prima voce di danno (quello emergente) non si pongono particolari problemi nell'assolvimento dell'onere della prova (è sufficiente documentare le spese sostenute), per la seconda (lucro cessante) si configurano, viceversa, rilevanti difficoltà.

Per avere accesso al risarcimento, infatti, il privato deve dimostrare, non solo che la sua sfera giuridica ha subito una diminuzione per effetto dell'atto illegittimo, ma che non si è accresciuta nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento viziato non fosse stato adottato o eseguito.

Come si vede, tale ultima dimostrazione presenta implicazioni di notevole complessità, attenendo a profili prognostici difficilmente apprezzabili nella loro effettiva consistenza ed attendibilità.

Soccorre, allora, l'applicazione di criteri presuntivi di determinazione del quantum, certamente invocabili dal privato in presenza della lesione di aspettative di ampliamento della sua sfera giuridica e patrimoniale.

Si tratta di presunzioni semplici che indicano, secondo la comune esperienza, parametri valutativi sufficientemente puntuali dell'entità della perdita economica patita dal privato per effetto dell'adozione dell'atto illegittimo ovvero della colpevole inerzia dell'amministrazione.

Perché sia ritualmente assolto l'onere della prova, è, tuttavia, necessario che il ricorrente danneggiato alleghi gli elementi di fatto e gli indizi sulla cui base possono individuarsi i parametri presuntivi di determinazione del danno.

L'esigenza di ricorrere a criteri presuntivi ed astratti di determinazione del danno è stata avvertita sia dalla giurisprudenza, che ha individuato un preciso canone indiziario (di seguito illustrato) per la determinazione del pregiudizio connesso alla perdita di un'occasione di successo in una procedura concorsuale, sia dallo stesso legislatore,

laddove ha definito, con l'art. 35 d. lgs. n.80/98, un peculiare metodo di liquidazione del danno fondato proprio sulla definizione giudiziale di parametri valutativi indeterminati o quando ha previsto, all'art. 17, comma 1, lett. f), legge 15 marzo 1997, n. 59, la definizione "di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento...per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento o di mancata o ritardata adozione del provvedimento" stesso.

Merita, ancora, avvertire che non può valere ad esonerare dalla prova del danno la parte sulla quale incombe il relativo onere, il ricorso, anche su istanza del ricorrente, alla consulenza tecnica d'ufficio (pure, ormai, utilizzabile dal giudice amministrativo), posto che tale accertamento non si configura come un mezzo di prova in senso tecnico e può essere disposto solo al fine di acquisire apprezzamenti tecnici altrimenti non formulabili dal giudice, ma non può servire ad acquisire gli elementi che compongono il danno lamentato e, quindi, la sua dimostrazione (Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169).

5.6- La più importante applicazione del ricorso a criteri presuntivi per la quantificazione del danno è rinvenibile nell'elaborazione giurisprudenziale in materia di valutazione del pregiudizio connesso a perdita di chance.

Si tratta dei casi in cui il ricorrente ha perso l'occasione di aggiudicarsi un appalto o di vincere un concorso per effetto dell'illegittima selezione di un altro concorrente o della propria indebita esclusione dal procedimento.

Si deve qui avvertire che, mentre non si pongono particolari problemi per la liquidazione del danno emergente (pari alle spese - documentate - sostenute per la partecipazione al procedimento), risulta più difficile la determinazione del lucro cessante.

A proposito di quest'ultima voce, occorre, anzitutto, chiarire che il suo contenuto cambia notevolmente se si accede alla qualificazione come precontrattuale della responsabilità dell'amministrazione per illegittima conduzione di una procedura ad evidenza pubblica.

Se si ravvisano, infatti, gli estremi della culpa in contraendo di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., si deve, infatti, limitare l'area del pregiudizio risarcibile al solo interesse negativo:

composto dalle spese sostenute per partecipare al procedimento ed alla perdita di occasioni di guadagno alternative, con esclusione, quindi, del mancato conseguimento dell'utile ricavato dall'esecuzione dell'appalto.

Se, invece, la violazione delle regole che presiedono alla corretta conduzione delle procedure ad evidenza pubblica viene ascritta allo schema astratto dell'illecito aquiliano, da valersi quale conclusione più plausibile della prima e maggiormente coerente con le pregnanti esigenze di tutela postulate dall'ordinamento comunitario in tema di competizioni concorrenziali per l'accesso agli appalti pubblici, si deve conseguentemente ritenere risarcibile anche l'interesse positivo e, cioè, nella voce relativa al lucro cessante, la perdita del guadagno (o della sua occasione) connesso all'esecuzione del contratto.

L'accesso a quest'ultima opzione, condivisa dalla Sezione, implica la necessità di provvedere alla determinazione di criteri valutativi astratti e presuntivi della misura del pregiudizio risarcibile, nella configurazione sopra tratteggiata.

La giurisprudenza amministrativa si è fatta carico di quest'onere ed ha individuato nell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato F, un prezioso riferimento positivo, laddove quantifica nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'amministrazione, nella determinazione forfettaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796).

Ulteriore conferma positiva della validità di tale criterio presuntivo è stata, poi, rinvenuta nell'art. 37 septies, comma 1, lett. c) della legge 11 febbraio 1994, n. 109, laddove prevede, in materia di project financing, che, nelle ipotesi in cui la concessione sia risolta per inadempimento del concedente o revocata per motivi di interesse pubblico, al concessionario spetti un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% delle opere ancora da eseguire.

Può, in definitiva, registrarsi il consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale, ormai univoco e dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, che, sulla base delle predette indicazioni normative, riconosce nella misura del 10% dell'importo a base d'asta, per come eventualmente ribassato dall'offerta dell'impresa interessata, l'entità del guadagno presuntivamente ritratto dall'esecuzione dell'appalto.

Occorre, tuttavia, ancora distinguere la fattispecie in cui il ricorrente riesce a dimostrare che, in mancanza dell'adozione del provvedimento illegittimo, avrebbe vinto la gara (ad esempio perché, se non fosse stato indebitamente escluso, sarebbe stata selezionata la sua offerta) dai casi in cui non è possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l'esito della procedura in mancanza della violazione riscontrata.

La dimostrazione della spettanza dell'appalto all'impresa danneggiata risulta ovviamente configurabile nei soli casi in cui il criterio di aggiudicazione si fonda su parametri vincolati e matematici (come, ad esempio, nel caso del massimo ribasso in un pubblico incanto in cui l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa), mentre si rivela impossibile là dove la selezione del contraente viene operata sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'offerta (come nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Nella prima ipotesi spetta, evidentemente, all'impresa danneggiata un risarcimento pari al 10% del valore dell'appalto (come eventualmente ribassato dalla sua offerta), ferma restando la possibilità di conseguire una somma superiore, in presenza della dimostrazione che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto.

Viceversa, quando il ricorrente allega solo la perdita di una chance a sostegno della pretesa risarcitoria (e cioè quando non riesce a provare che l'aggiudicazione dell'appalto spettava proprio a lui, secondo le regole di gara), la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura.

Al fine di operare tale decurtazione vanno valorizzati tutti gli indici significativi delle potenzialità di successo del ricorrente, quali, ad esempio, il numero di concorrenti, la configurazione della graduatoria eventualmente stilata ed il contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata.

5.7- La verifica della fondatezza della pretesa risarcitoria in questione e la conseguente determinazione dell'entità del pregiudizio risarcibile devono essere, quindi, condotte in coerenza con i parametri valutativi sopra descritti.

5.8- Deve, anzitutto, rilevarsi che la domanda principale, fondata sui motivi rubricati ai numeri I, II, e III dell'atto d'appello ed intesa ad ottenere l'ordine che l'aggiudicazione "abbia luogo secondo i criteri corretti risultanti dalla sentenza" (tali i termini letterali con cui è stata formulata nelle conclusioni dell'atto d'appello), risulta inammissibile per difetto di interesse, atteso che l'effetto precettivo voluto dalla ricorrente risulta già prodotto dal giudicato demolitorio-conformativo del capo della decisione rimasto inappellato, sicchè, con riferimento alla relativa statuizione, risulta inconfigurabile qualsiasi ipotesi di riforma o di decisione sostituiva più favorevole per la società appellante.

Tale conclusione si fonda anche sul rilievo che la causa pretendi ed il petitum della domanda in esame, per come formulati nell'atto d'appello, non ne consentono una qualificazione come richiesta di condanna alla reintegrazione in forma specifica, difettando di tale peculiare strumento di tutela il carattere indefettibile del riconoscimento diretto e privo di ulteriore intermediazione provvedimentale del diritto al bene della vita asseritamente pregiudicato (nel caso di specie: l'aggiudicazione dell'appalto). La stessa ricorrente domanda, a ben vedere, la statuizione che l'aggiudicazione venga disposta in conformità ai "criteri corretti risultanti dalla sentenza" e non anche la condanna dell'amministrazione all'assegnazione a sé dell'appalto, con la conseguenza che va esclusa la configurabilità, nella pretesa in questione, dei connotati propri della reintegrazione in forma specifica.

5.9- In subordine, la ricorrente pretende, innanzitutto, un risarcimento pari all'intero utile che avrebbe ritratto dall'esecuzione dell'appalto e, in ulteriore subordine, la correzione dei criteri stabiliti in prima istanza ed il conseguente riconoscimento (almeno) della metà del mancato guadagno.

Entrambe tali domande risultano infondate e vanno disattese.

5.10- Anche prescindendo dall'assorbente rilievo che la ricorrente non ha assolto l'onere di dimostrare l'inidoneità della rinnovazione degli atti di gara annullati a riparare (in forma specifica) il pregiudizio patrimoniale lamentato, è sufficiente rilevare, quanto alla prima delle domande, che l'invocato accertamento, seppur in via incidentale, della spettanza all'appellante del punteggio più elevato, per le caratteristiche tecniche degli automezzi offerti, e, quindi, dell'aggiudicazione dell'appalto risulta precluso proprio dal metodo di selezione nella specie previsto: l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quest'ultimo criterio di aggiudicazione, infatti, risulta fondato su apprezzamenti tecnico-discrezionali delle caratteristiche qualitative dell'offerta che non tollerano alcuna sostituzione da parte del giudice nel compimento delle pertinenti valutazioni riservate in via esclusiva all'amministrazione.

Come sopra rilevato, infatti, la verifica della spettanza dell'aggiudicazione alla ricorrente è ammessa nelle sole ipotesi, diverse dalla presente, nelle quali la selezione del contraente avviene in applicazione di parametri rigidi e matematici, sicchè l'attività dell'amministrazione aggiudicatrice risulta vincolata e priva di ogni discrezionalità nella scelta dell'offerta.

5.11- Esclusa, così, la praticabilità (anche con lo strumento della c.t.u.) dell'invocata indagine sulla pretesa debenza alla ricorrente del punteggio più alto e, quindi, della stessa aggiudicazione, deve rilevarsi che anche le critiche rivolte alla presunta esiguità del risarcimento per perdita di chance riconosciuto in prima istanza (per come determinato e condizionato dai criteri valutativi dettati dai primi giudici) si rivelano destituite di fondamento.

Ribadito, infatti, che, nelle ipotesi in cui la ricorrente non può dimostrare che avrebbe vinto la gara, la misura presunta del lucro cessante (pari al 10% dell'importo del contratto) va decurtata in ragione degli indici sopra elencati e che la relativa determinazione giurisdizionale dei criteri sfugge a canoni valutativi rigidi (servendo solo ad orientare la successiva negoziazione delle parti, ma senza statuire, con valenza di giudicato, sulla misura dell'obbligazione risarcitoria), si rileva che la riduzione operata in prima istanza (si ripete: ai soli fini della successiva pattuizione del quantum) risulta immune da vizi di illogicità o di manifesta iniquità e si rivela, anzi, coerente con l'esigenza di circoscrivere l'entità del pregiudizio risarcibile (per perdita di chance), in ragione delle effettive e concrete possibilità di aggiudicazione dell'appalto.

Resta inteso che eventuali contestazioni sulla misura concreta dell'importo offerto dall'amministrazione e sulla sua conformità ai parametri stabiliti e, più in generale, sulla sua coerenza con le regole che presiedono alla corretta liquidazione del danno, e, in particolare, della voce del lucro cessante, dovranno essere svolte nella sede processuale propria, definita e prevista dall'art. 35 d. lgs. n. 80/98 mediante il richiamo della disciplina relativa al ricorso per esecuzione del giudicato.

6.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, la reiezione dell'appello principale e la conferma del capo della decisione di primo grado con lo stesso impugnato.

7.- La reciprocità della soccombenza giustifica la compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, respinge l'appello principale e quello incidentale e compensa le spese processuali del grado.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 6 aprile 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

PAOLO SALVATORE - Presidente

BERNABE' ROLAND ERNST - Consigliere

ANTONINO ANASTASI - Consigliere

VITO POLI - Consigliere

CARLO DEODATO - Consigliere Est.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 06 LUG. 2004.