

## Collegamento negoziale tra imprese

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 1-6-2017

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di "collegamento sostanziale" fra imprese partecipanti a una medesima gara, culminata nell'introduzione nel 2009 della lettera *m-quater*) nell'art. 38 comma 1 D.lgs. 163/2006, ha cristallizzato il principio comunitario per cui nelle ipotesi in questione non può mai predicarsi una presunzione assoluta di condizionamento delle offerte, tale da comportare l'automatica esclusione delle imprese interessate, atteso che tale grave determinazione può conseguire soltanto all'esito di una valutazione discrezionale fondata su di un quadro indiziario tale da denunciare univocamente che le due offerte *de quibus* possano essere ascrivibili a un unico centro decisionale.

Ai fini della sussistenza della situazione di collegamento sostanziale fra imprese rilevante ai fini della loro esclusione dalla gara, la valutazione da compiere sull'unicità del centro decisionale postula che sia provata l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, e non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto.

### Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha ribadito l'ormai pacifico approdo giurisprudenziale secondo cui **la sussistenza di un collegamento sostanziale tra imprese ruota attorno alla dimostrata unicità del centro decisionale**, l'individuazione del quale passa dalla **prova dell'astratta idoneità della circostanza di fatto a determinare una connessione delle offerte** presentate dai due soggetti societari, non essendo necessario dimostrare la concreta alterazione del confronto concorrenziale.

Le considerazioni sviluppate dal Collegio trovano sostegno nel principio di presunzione sviluppato dalla giurisprudenza comunitaria a tenore della quale **non spetta alla stazione appaltante la prova della concreta alterazione della selezione prodotta dagli elementi indiziari, quest'ultimi essendo sufficienti a produrre una presunzione legale suscettibile di prova contraria** (Corte di Giustizia 19 maggio 2009 in causa C-538/10).

Nell'elaborazione dei suesposti principi di diritto i Giudici di Palazzo Spada prendono avvio dalla stessa dizione legislativa: ai sensi dell'art. 30 comma 2 ultima parte D.lgs. 163/2006, infatti, "... *la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi ...*".

I principi di legalità, buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione pubblica nell'ambito delle gare pubbliche si concretizzano nel più generico principio della *par condicio* di tutti i concorrenti, oltre che nella segretezza, completezza e serietà delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni contenute nella *lex specialis*. È proprio in virtù di tali principi che **le offerte dei concorrenti partecipanti ad una gara devono essere formulate in maniera conforme a determinati parametri, tra cui particolare attenzione merita il requisito della segretezza**, atteso che quest'ultimo è in grado di assicurare la libera concorrenza e il libero confronto, elementi, questi, imprescindibili per poter giungere all'individuazione della migliore offerta.

Con maggiore dettaglio, la segretezza delle offerte di gara deve attenersi non solo alla relazione tra concorrente e P.A., ma anche alle relazioni tra i singoli concorrenti.

Ne deriva che **l'esistenza di un collegamento tra imprese costituisce un ostacolo alla libera concorrenza, in quanto la potenziale configurazione di offerte concordate vizia il risultato finale**.

In altri termini, **l'esistenza di un collegamento tra imprese è incompatibile con un'effettiva concorrenza, in quanto idonea a favorire la produzione di offerte concordate che viciano il risultato**.

Pertanto, va considerato legittimo il provvedimento di esclusione da una procedura di gara per collegamento sostanziale dedotto da una pluralità di indici - consistenti in legami parentali dei rispettivi rappresentanti, nell'analogia nelle modalità di presentazione delle offerte e nella coincidenza tra sedi o residenze dei titolari delle due diverse imprese - risultando del tutto ultroneo un sub-procedimento di verifica in contraddittorio con le imprese interessate.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 9043 del 2016, proposto da NB. S.p.a. e da IMPRESA ING. RA. PE. S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Ma. Fr. e Gi. Lu., con domicilio eletto presso il primo in Roma, via (...),

contro

la AZIENDA OSPEDALIERO UNIVERSITARIA DI CAGLIARI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ma. Ba. e St. Po., domiciliata ex art. 25 cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza (...),

nei confronti di

- IMPRESA BA. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti St. Vi., Ma. Ci. e Mi. Ot., con domicilio eletto presso il primo in Roma, via (...);
- GRUPPO PS. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza nr. 690/2016, depositata il 10 agosto 2016, del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sezione Prima, non notificata, con cui è stato respinto il ricorso (nr. 161/2016) proposto dall'odierna appellante per l'annullamento, previa sospensiva: a) della deliberazione nr. 18 del 20 gennaio 2016, con la quale la stazione appaltante ha definitivamente aggiudicato la procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta sulla base del progetto preliminare, dei lavori di realizzazione del blocco "R" del Policlinico di Monserrato in favore del r.t.i. Impresa Ba. S.r.l. – Gruppo PS. S.p.a., comunicata ai sensi dell'art. 79, comma 5, lettera a), del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, con nota prot. 807 del 21 gennaio 2016; b) della nota prot. 807 del 21 gennaio 2016 di comunicazione ex art. 79, comma 5, lettera a), del d.lgs. nr. 163/2006 e s.m.i. della intervenuta aggiudicazione definitiva; c) di tutti i verbali della commissione giudicatrice della gara, inclusi i verbali delle sedute riservate, nonché del verbale delle operazioni del responsabile unico del procedimento, nella parte in cui non si è proceduto alla esclusione del r.t.i. aggiudicatario ed alla verifica di anomalia dell'offerta dal medesimo presentata per i motivi eccepiti; d) del verbale di aggiudicazione provvisoria; e) della deliberazione nr. 1154 del 26 novembre 2015 della stazione appaltante di approvazione dei verbali di gara ed aggiudicazione provvisoria; f) di ogni atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati, incluso il bando di gara e disciplinare di gara, per quanto lesivi della posizione giuridica dei ricorrenti ovvero il contratto di appalto, ove, nelle more, stipulato, nonché per quanto occorrere possa il silenzio-rigetto formatosi sulla istanza ex art. 243-bis, d.lgs. nr. 163/2006 inoltrata dalle esponenti; nonché per la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione della gara per cui è causa all'odierna appellante e subentro nella esecuzione del contratto nelle more eventualmente stipulato, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e ss. cod. proc. amm. o, in subordine, al risarcimento per equivalente nella misura indicata in atti ovvero nella diversa somma ritenuta di giustizia anche in via equitativa.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari e di Impresa Ba. S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle appellanti (in date 21 e 24 marzo 2017), dall'A.O.U. di Cagliari (in data 8 marzo 2017) e da Impresa Ba. S.r.l. (in date 17 e 23 marzo 2017) a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza nr. 1671 del 10 aprile 2017;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Lu. per le appellanti, l'avv. Ba. per l'A.O.U. di Cagliari e l'avv. El. Ba. su delega dichiarata dell'avv. Vi. per Impresa Ba. S.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 12 giugno 2015, l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta sulla base del progetto preliminare, dei lavori per la realizzazione del blocco "R" del Policlinico di (omissis).

2. All'esito delle operazioni di gara, l'appalto è stato aggiudicato al costituendo r.t.i. tra Impresa Ba. S.r.l. (mandataria) e Gruppo PS. S.p.a. (mandante).

3. L'aggiudicazione e gli atti della procedura sono stati impugnati in sede giurisdizionale dalle società NB. S.p.a. e Impresa Ra. Pe. S.r.l., che a loro volta avevano partecipato in costituendo r.t.i., posizionandosi seconde in graduatoria.

Fra i motivi di impugnazione ve ne era uno, già rappresentato con diffida ai sensi dell'art. 243-*bis* del decreto legislativo 12 aprile 2016, nr. 163, relativo a un'asserita situazione di collegamento sostanziale fra Gruppo PS. S.p.a. e altra impresa, Grandi Lavori Fincosit S.p.a., che aveva partecipato alla gara quale mandataria di r.t.i. classificandosi al penultimo posto in graduatoria, rilevante ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m-*quater*), del medesimo d.lgs. nr. 163/2006, essendosi accertato che nelle due società la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione era ricoperta dalla medesima persona (sig. Vi. Al. Ga.).

4. L'adito T.A.R. della Sardegna, con la sentenza in epigrafe, ha però respinto il ricorso.

5. Con l'appello oggi all'esame della Sezione, le originarie ricorrenti censurano la anzi detta sentenza sulla base dei seguenti motivi in diritto:

I) *error in iudicando* e omessa motivazione in relazione al primo motivo di ricorso: violazione e falsa applicazione dell'art. 38, commi 1, lettera m-*quater*), e 2, del d.lgs. nr. 163/2006; violazione della *lex specialis*; violazione del fondamentale principio di segretezza e autonomia e indipendenza delle offerte; eccesso di potere sotto il profilo dell'arbitrarietà e illogicità, nonché per difetto di istruttoria (in relazione alla reiezione della censura afferente alla mancata esclusione delle due imprese per le quali era emersa la suindicata situazione di collegamento sostanziale);

II) *error in iudicando* e insufficiente motivazione in relazione al secondo motivo di ricorso: violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs. nr. 163/2006; eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà e illogicità; violazione della *lex specialis* per nullità e inefficacia dell'offerta (in relazione alla reiezione della censura afferente alla carenza in capo al legale rappresentante dell'Impresa Ba. S.r.l. del potere di formulare l'offerta in qualità di mandataria del costituendo r.t.i.);

III) *error in iudicando* e insufficiente motivazione in relazione al terzo motivo di ricorso: violazione e falsa applicazione dell'art. 38, commi 1, lettera c), e 2, del d.lgs. nr. 163/2006; violazione della *lex specialis*; eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà e illogicità (in relazione alla reiezione della doglianza relativa alla mancata produzione della dichiarazione attestante il possesso dei requisiti in capo alla società PS. Fe. S.p.a., incorporata da Gruppo PS. S.p.a. pochi giorni dopo la presentazione dell'offerta);

IV) *error in iudicando* in relazione al quarto motivo di ricorso: violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 29 e 32 del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207, nonché dell'art. 86 del d.lgs. nr. 163/2006; violazione della *lex specialis*; eccesso di potere sotto il profilo della arbitrarietà, contraddittorietà e illogicità (in relazione alla reiezione delle censure formulate in relazione alle gravi carenze connotanti l'offerta tecnica del r.t.i. aggiudicatario, tali da imporre la necessaria esclusione, ed all'anomalia dell'offerta economica).

Infine, parte appellante ha reiterato la domanda di risarcimento dei danni cagionati dall'illegittimo operato dell'Amministrazione, in forma specifica, mediante declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato medio tempore e subentro delle istanti nell'affidamento, ovvero, in subordine, per equivalente.

6. Si sono costituite l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari e le società Impresa Ba. S.r.l. e Gruppo PS. S.p.a., tutte opponendosi con diffuse argomentazioni all'accoglimento del gravame di parte avversa e concludendo per la conferma della sentenza impugnata.

L'Amministrazione ha altresì eccepito l'inammissibilità dell'appello per genericità.

7. Di poi, tutte le parti hanno ulteriormente sviluppato con memorie le rispettive tesi, anche in replica agli argomenti di controparte.

8. All'udienza del 6 aprile 2017, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Tutto ciò premesso, va innanzi tutto respinta l'eccezione di inammissibilità dell'appello

sollevata dall'A.O.U. di Cagliari sul rilievo che lo stesso sarebbe incentrato su una mera riproposizione delle censure di primo grado, non accompagnata dalle critiche alla motivazione della sentenza in epigrafe.

Al contrario, è sufficiente una sommaria lettura dell'atto introduttivo del presente grado del giudizio per verificare che in esso sono espressamente individuati (e spesso riportati *ex extenso*) i vari capi della motivazione di primo grado reiettivi delle singole censure proposte nel ricorso, e questi vengono specificamente criticati, ancorché ribadendo la fondatezza delle argomentazioni spese in prime cure.

10. Nel merito, l'appello è fondato e meritevole di accoglimento ancorché, con riguardo alla domanda risarcitoria, nei limiti di seguito precisati.

11. In particolare, col primo mezzo è censurata la reiezione della prima censura articolata nel ricorso introduttivo, con la quale era stata denunciata la violazione dell'art. 38, comma 1, lettera *m-quater*), del d.lgs. nr. 163/2006, osservandosi che il r.t.i. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in considerazione della situazione di collegamento sostanziale esistente fra la sua mandante, Gruppo PS. S.p.a., e altra impresa partecipante in costituendo r.t.i. (Gr. La. Fi. S.p.a.), essendo emerso che la medesima persona fisica ricopriva la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione in entrambe le società.

11.1. Il primo giudice ha innanzi tutto richiamato l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di "collegamento sostanziale" fra imprese partecipanti a una medesima gara, culminata nell'introduzione nel 2009 della citata lettera *m-quater*), evidenziando che in tal modo il legislatore ha cristallizzato il principio comunitario per cui nelle ipotesi in questione non può mai predicarsi una presunzione assoluta di condizionamento delle offerte, tale da comportare l'automatica esclusione delle imprese interessate, atteso che tale grave determinazione può conseguire soltanto all'esito di una valutazione discrezionale fondata su di un quadro indiziario tale da denunciare univocamente che le due offerte *de quibus* possano essere ascrivibili a un unico centro decisionale.

Tuttavia, nel caso di specie il T.A.R. ha escluso che fosse stato raggiunto un tale livello di gravità indiziaria, in quanto la comunanza dell'organo amministrativo di vertice delle due società – al di là di quali ne fossero in concreto le funzioni e quale fosse l'assetto interno delle società medesime – costituiva un elemento unico e isolato, non accompagnato da ulteriori indizi concordanti: in particolare, non si ravvisavano nella specie quelle ulteriori situazioni di fatto (identità di sede, rapporti di parentele, somiglianza delle modalità di formulazione dell'offerta etc.) che nella prassi giurisprudenziale sono state di solito considerare idonee a integrare un quadro indiziario utile nel senso suindicato.

11.2. La Sezione non condivide le conclusioni testé riassunte.

11.2.1. Al riguardo, occorre in primo luogo sottolineare che la formula degli "indizi gravi, precisi e concordanti" ha da tempo costituito il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale impiegata, nel silenzio del legislatore (dapprima sullo stesso fenomeno del "collegamento sostanziale", e più di recente su quale fosse la soglia indiziaria per ritenere integrato il condizionamento

reciproco fra le offerte), per fornire alle stazioni appaltanti un parametro obiettivo e tendenzialmente certo sulla cui base esercitare la valutazione discrezionale in ordine alle situazioni di fatto di collegamento fra imprese concorrenti che si presentavano nella pratica.

Tale formula è stata però recepita solo parzialmente dalla novella del 2009, laddove si è preferito, nell'indicare l'oggetto del giudizio discrezionale della stazione appaltante in ordine al fenomeno in discorso (art. 38, comma 2), parlare più genericamente di "univoci elementi", con la precisazione che questi devono attenersi a una realtà oggettivamente verificabile, e cioè a una accertata "relazione di fatto" tra imprese partecipanti a una medesima gara, ed essere idonei a denunciare la verosimile provenienza delle relative offerte da un unico centro decisionale.

Così stando le cose, è quanto meno discutibile l'assunto sul quale il primo giudice sembra basare le proprie conclusioni, e cioè che la necessità di "indizi" postulati indefettibilmente l'esigenza che gli elementi indicativi della situazione di collegamento sostanziale siano plurimi (con la conseguente inidoneità sempre e comunque di un unico elemento indiziario, per quanto grave e macroscopico, a giustificare una conclusione della stazione appaltante nel senso dell'esclusione di due o più concorrenti per la ritenuta esistenza di un siffatto collegamento).

11.2.2. Nel caso che qui occupa, è avviso della Sezione che la comunanza dell'organo di vertice fra due imprese partecipanti alla procedura selettiva per cui è causa costituisca elemento che, per la sua consistenza e gravità, poteva considerarsi idoneo e sufficiente, anche di per sé solo, a denunciare l'esistenza di una relazione di fatto tra i concorrenti interessati tale da far ritenere che le rispettive offerte potessero provenire da un unico centro decisionale (con potenziale violazione dei principi di segretezza delle offerte e di par condicio fra i concorrenti).

Ma v'è di più, ché non risulta smentita la prospettazione dell'odierna appellante per cui le due imprese *de quibus* avevano intrattenuto in passato, e continuavano a intrattenere anche all'epoca della gara per cui è causa, stretti rapporti di collaborazione (avendo, ad esempio, partecipato in r.t.i. ad altre gare d'appalto); segno quest'ultimo che, al di là del dato "formale" della comunanza della persona del Presidente, potessero dirsi comprovati fra le due società rapporti di cointeressenza e sinergia.

11.2.3. Le conclusioni così espone, come è del tutto evidente, non si risolvono affatto – contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice – nella reintroduzione di una presunzione assoluta di collegamento, istituto che ripugnerebbe al nuovo quadro normativo, ma molto più banalmente in un diverso esito doveroso della valutazione discrezionale cui la stazione appaltante è chiamata nel verificare la sussistenza di una "situazione di fatto" rilevante ai sensi della lettera m-quater) dell'art. 38, d.lgs. nr. 163/2006.

11.3. A fronte di tali rilievi, del tutto recessive sono le già richiamate considerazioni in ordine alla carenza di ulteriori e più banali elementi indiziari, individuabili fra quelli che tradizionalmente la giurisprudenza ha considerato idonei a dimostrare la situazione di collegamento sostanziale fra imprese.

Infatti, al di là del fatto che tale assenza ben potrebbe derivare da particolare attenzione delle due imprese interessate le quali, proprio perché riconducibili a un medesimo centro decisionale, potrebbero aver avuto cura di confezionare le offerte con modalità tali da allontanare ogni sospetto di reciproco condizionamento, la questione è in ogni caso superata per effetto della evidenziata piena idoneità degli elementi di comunanza di organi istituzionali, anche singolarmente considerati, a pervenire a conclusioni univoche nel senso della sussistenza di un “collegamento sostanziale”.

11.4. Del pari scarsamente rilevanti sono le considerazioni, su cui insiste la parte controinteressata, in ordine all’assetto interno delle società in questione, che sarebbe stato statutariamente connotato dall’attribuzione al Presidente del C.d.A. di un ruolo meramente onorario e rappresentativo, mentre le scelte operative e gestionali sarebbero state rimesse agli altri organi di amministrazione e del management.

Al riguardo, è agevole replicare che il delineato assetto societario, conseguente a scelte operate dagli stessi organi sociali, non è affatto idoneo a escludere in radice la reciproca conoscenza o conoscibilità delle rispettive strategie imprenditoriali e, quindi, anche delle offerte formulate nella gara di che trattasi.

E, in effetti, non è inutile ribadire che per pacifica e consolidata giurisprudenza, ai fini della sussistenza della situazione di collegamento sostanziale fra imprese rilevante ai fini della loro esclusione dalla gara, la valutazione da compiere sull’unicità del centro decisionale postula che sia provata l’astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, e non anche necessariamente che l’alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2017, nr. 496; Cons. Stato, sez. III, 23 dicembre 2014, nr. 6379; Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2012, nr. 4189).

12. In definitiva, e contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, nel caso esaminato sussisteva una situazione idonea a determinare l’esclusione dalla procedura selettiva delle imprese in questione, e quindi anche del r.t.i. risultato aggiudicatario.

Quanto sopra è sufficiente a fondare l’accoglimento della domanda di annullamento degli atti impugnati in prime cure, con esonero del Collegio dall’esame delle altre censure riproposte con i residui motivi di appello.

13. Occorre quindi passare all’esame della domanda di risarcimento danni che la parte appellante ha riproposto nel presente grado, chiedendo in prima battuta la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato, ai sensi dell’art. 122 cod. proc. amm., con suo conseguente subentro nell’affidamento, e in via subordinata il ristoro per equivalente per mancato utile (in misura del 10% dell’importo a base di gara come ribassato in sede di offerta), per perdita di chance (computato nell’1% dell’importo contrattuale) e per danno c.d. curriculare, di immagine e di prestigio professionale (in misura del 10% dell’importo offerto per i lavori).

13.1. Al riguardo, la Sezione non ritiene che possa essere accolta la domanda di declaratoria



di inefficacia del contratto di appalto e di subentro dell'appellante nella commessa.

E' pur vero, come chiarito dai difensori delle parti in udienza, che nel caso di specie dopo la sottoscrizione del contratto risulta ad oggi esaurita la sola attività di progettazione, mentre i lavori devono ancora avere inizio, e ciò consentirebbe astrattamente il subentro di un nuovo soggetto nella fase di esecuzione; tuttavia, alla stregua di una considerazione complessiva degli interessi delle parti (come disposto dall'art. 122 cod. proc. amm.) e, quindi, tenuto conto non solo degli indubbi oneri cui l'Amministrazione andrebbe incontro nell'affidare l'esecuzione dei lavori a soggetto diverso da quello che ha eseguito la progettazione, ma anche dell'oggettivo ridimensionamento che il pregiudizio risarcibile patito dall'appellante deve subire in ragione di quanto subito appresso precisato, è opinione del Collegio che sussistano giusti motivi perché si faccia luogo al solo risarcimento per equivalente.

13.2. In particolare, ai fini che qui interessano non è privo di rilevanza il fatto che l'odierno appello non sia stato accompagnato da domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata: ciò che, indubbiamente, ha consentito alla stazione appaltante di procedere oltre nell'affidamento, pervenendosi alla stipulazione del contratto di appalto ed alla descritta situazione di già completata fase di progettazione.

Così stando le cose, ed applicando i principi enunciati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato in tema di interpretazione del potere del giudice – ex art. 30, comma 3, cod. proc. amm. – di escludere dalla liquidazione del danno il pregiudizio che il ricorrente avrebbe potuto impedire attraverso l'esercizio degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento (sent. 23 marzo 2011, nr. 3), non può che imporsi una consistente riduzione del danno risarcibile, da compiersi equitativamente, in considerazione della condotta serbata dall'impresa odierna appellante dopo la sentenza di rigetto del ricorso di primo grado.

Pertanto, e tenuto conto dei criteri di liquidazione elaborati dalla giurisprudenza in relazione alle voci di danno di cui è stata fatta richiesta, appare equo operare sui relativi importi una riduzione del 50%, con la conseguenza che:

- a) il danno da mancato utile andrà computato nel 5% dell'importo a base di gara, per come ribassato in sede di offerta;
- b) il danno da perdita di chance andrà computato nello 0,5% dell'importo di cui all'offerta formulata dall'odierna appellante;
- c) il danno curriculare e di immagine andrà computato nel 5% del valore dell'offerta formulata dall'odierna appellante limitatamente ai lavori oggetto dell'appalto.

13.3. Sulla base dei criteri appena indicati, l'A.O.U. di Cagliari dovrà formulare, ai sensi del comma 4 dell'art. 34 cod. proc. amm., un'offerta all'odierna appellante, ai fini del raggiungimento di un accordo sul risarcimento da corrispondere.

14. In considerazione della parziale soccombenza reciproca, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

(Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata e in accoglimento del ricorso di primo grado:

- annulla gli atti impugnati;
- condanna l'A.O.U. Cagliari al risarcimento dei danni, nei sensi e limiti di cui in motivazione.

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

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