

**Consiglio di Stato, Sezione III, 31 agosto 2016, n. 3755**

**Mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, responsabilità precontrattuale, incameramento della garanzia provvisoria, risarcimento del danno emergente per il maggior onere sopportato dell'amministrazione in seguito allo scorrimento della graduatoria con affidamento al secondo classificato.**

**N. 03755/2016REG.PROV.COLL.**

**N. 02365/2016 REG.RIC.**

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2365 del 2016, proposto dalla s.p.a. Ospedale di Sassuolo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato A.D.F. ...;

***contro***

La s.p.a. Banca Carige - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati A.M. e F.P. ...;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, Sez. I, n. 1158/2015, resa tra le parti, concernente una domanda di risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.p.a. Banca Carige - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2016 il pres. Luigi Maruotti e uditi per le parti l'avvocato M.P., su delega dell'avvocato A.D.F. e l'avvocato F.P.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con bando del 10 ottobre 2006, la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha indetto una gara per individuare l'istituto di credito con cui stipulare un contratto di mutuo di otto milioni di euro, ammortizzabile in dieci anni, allo scopo di «*acquisire le risorse economiche occorrenti a*

*fronteggiare un complesso di spese per investimenti di prossima scadenza, necessarie per il funzionamento del nuovo Ospedale».*

Con verbale del 28 novembre 2006, la società ha approvato la graduatoria ed ha redatto la proposta di stipulare il mutuo con la s.p.a. Banca Carige (la cui offerta ha previsto uno spread di 0,475%, più favorevole rispetto allo spread di 0,75%, offerto dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna).

Con una nota di data 29 novembre 2006, la s.p.a. Carige ha comunicato che non avrebbe stipulato il contratto di mutuo.

La s.p.a. Ospedale di Sassuolo, con determinazione del 30 novembre 2006, ha disposto lo scorrimento della graduatoria ed ha individuato il proprio contraente nella Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

2. Con il ricorso di primo grado n. 617 del 2007 (proposto al TAR per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna), la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha chiesto la condanna della s.p.a. Banca Carige al risarcimento del danno, conseguente al suo rifiuto di stipulare il contratto di mutuo e quantificato in euro 113.877 (e nella memoria conclusiva in euro 122.729,24), tenuto conto della differenza del meno favorevole *spread* offerto dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

3. Con la sentenza n. 1158 del 2015, il TAR:

- a) ha rilevato la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva, trattandosi di una fattispecie di responsabilità precontrattuale disciplinata dall'art. 133, comma 1, lettera e), del codice del processo amministrativo (applicabile anche quando la stazione appaltante deduce la responsabilità precontrattuale del privato partecipante alla gara, rilevando anche il principio di «concentrazione delle tutele», per il caso in cui siano proposte «*domande attinenti alla responsabilità contrattuale aventi carattere reciproco o riconvenzionale*»);
- b) ha qualificato la s.p.a. Ospedale di Sassuolo come «organismo di diritto pubblico», tenuto ad applicare l'art. 37 del codice dei contratti n. 163 del 2006 ed a rispettare i relativi principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza (poiché - come risulta dalla stessa lettera di invito - è una s.p.a. a capitale misto, partecipata al 51% dall'Azienda Usl di Modena ed al 49% dalla s.p.a. To Life di Sassuolo, ha tra i propri scopi l'attuazione del programma di sperimentazione gestionale triennale approvato dalla Regione ed ha per oggetto sociale la gestione di attività ospedaliere ed ambulatoriali nell'ambito del servizio sanitario nazionale e nel rispetto delle indicazioni dell'Azienda Usl);
- c) ha ritenuto che indebitamente la s.p.a. Banca Carige ha rifiutato di stipulare il contratto (poiché la frase contenuta in una dichiarazione di pari data dell'offerta - «*allega l'offerta richiesta nelle more dell'approvazione della relativa pratica di affidamento da parte dei competenti organi deliberativi*» - non ha comportato l'apposizione di una condizione o di una riserva o di un diritto di recesso, ma va intesa come richiamo all'esigenza che occorreva la determinazione dell'organo deliberante, per concludere la 'procedura interna' alla banca);
- d) ha respinto la domanda risarcitoria, rilevando che con essa è stato chiesto «unicamente il ristoro del danno commisurato al più favorevole *spread* offerto da Banca Carige s.p.a., ovvero l'importo corrispondente al maggior costo sopportato per le diverse condizioni contrattuali

garantite dal concorrente classificatosi alla seconda posizione», *«ma facendo in tal modo valere un interesse all'adempimento che presuppone l'insorgenza del vincolo contrattuale rimasto disatteso»*, mentre si sarebbe dovuto provare *«che il fallimento della trattativa aveva precluso la conclusione con terzi di un accordo più favorevole di quello poi stipulato con l'altra concorrente o aveva comunque prodotto superflui costi legati allo svolgimento stesso della trattativa poi rivelatasi inutile»*, prova che non vi è stata, ad avviso del TAR.

4. Con l'appello in esame, la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha impugnato la sentenza del TAR nella parte in cui ha qualificato come «precontrattuale» la responsabilità nella quale è incorsa a suo avviso la s.p.a. Banca Carige.

L'appellante ha dedotto che si è invece in presenza di una «responsabilità contrattuale» o «da contatto sociale», con la conseguenza che non è risarcibile solo il cd interesse negativo (ed ha richiamato la sentenza della Sez. IV di questo Consiglio n. 6302 del 2014, per la quale la stazione appaltante può chiedere il risarcimento del danno effettivo, eccedente l'importo della cauzione provvisoria, se l'aggiudicatario non intende stipulare il contratto, nonché la sentenza delle Sez. Un., n. 2634 del 2009, secondo cui la stazione appaltante, nel caso di rifiuto del concorrente di stipulare il contratto, può chiedere il risarcimento del danno, nella misura corrispondente al 'maggior prezzo di aggiudicazione', risultante dall'affidamento ad altra impresa).

Non si tratterebbe peraltro di un 'mancato profitto', ma di una 'perdita' in termini di danno emergente, sopportato in concreto dall'Ospedale.

5. La s.p.a. Banca Carige ha proposto un appello incidentale, con cui ha chiesto che sia dichiarato il difetto della giurisdizione amministrativa, per due articolate considerazioni.

In base alla prima, ai sensi dell'art. 103 della Costituzione e degli articoli 7 e 133 del codice del processo amministrativo, la giurisdizione amministrativa esclusiva non sarebbe ravvisabile quando è proposta una domanda nei confronti di un soggetto privato, ma solo quando sia chiesta al giudice amministrativo *«la tutela nei confronti della pubblica amministrazione»* (art. 103 Cost.) e la controversia riguardi *«l'esercizio, anche mediato di una potestà amministrativa»* (artt. 3 e 133 del c.p.a.).

In base alla seconda, rileverebbe anche l'art. 19, comma 1, lettera d), del decreto legislativo n. 163 del 2006, perché la controversia in esame riguarda un contratto di mutuo, e dunque 'servizi finanziari' non disciplinati dal medesimo codice, né rileverebbe il fatto che sia stata esperita una procedura ad evidenza pubblica, per il principio per il quale - quando l'Amministrazione utilizza un procedimento pubblicistico per la scelta del contraente, senza esservi tenuta - la giurisdizione spetta comunque al giudice ordinario.

Inoltre, l'appellante incidentale ha lamentato che il TAR non si sarebbe pronunciato sulla sua eccezione *«circa l'inconfigurabilità della responsabilità risarcitoria dell'Istituto in una fase anteriore rispetto all'aggiudicazione in suo favore (che, nella fattispecie, non è pacificamente mai stata disposta)»*.

In subordine, la s.p.a. Banca Carige ha contestato la sussistenza di una propria responsabilità, poiché essa - contestualmente alla presentazione dell'offerta - avrebbe rappresentato che la propria proposta era condizionata all'acquisizione del necessario assenso degli uffici

competenti, sicché *«la possibilità di un esito negativo nel procedimento (interno alla Banca) di autorizzazione del mutuo non è stata affatto un evento imprevisto per l'Ospedale»*.

D'altra parte, essa ha dedotto che l'appellante principale, non avendo disposto l'esclusione per la presentazione di una offerta condizionata, avrebbe «accettato» la condizione così apposta all'offerta.

6. Le parti hanno depositato distinte memorie di replica, con cui hanno illustrato le questioni controverse ed hanno insistito nelle già formulate conclusioni.

7. All'udienza del 21 luglio 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

8. Per il suo carattere preliminare, va esaminato l'appello incidentale, con cui è stato dedotto che dovrebbe essere dichiarato il difetto della giurisdizione amministrativa esclusiva sul ricorso di primo grado.

9. Ritiene la Sezione che le censure dell'appellante incidentale vadano respinte, poiché - come ha correttamente evidenziato la sentenza impugnata - nella specie è applicabile l'art. 133, lettera e), n. 1, del codice del processo amministrativo, per il quale sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva per le controversie riguardanti *«procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie»*.

9.1. La s.p.a. Ospedale di Sassuolo va senz'altro considerata in questa sede un *«organismo di diritto pubblico»*: sul punto vi è stata una specifica statuizione del TAR (v. pp. 6-7 della sentenza impugnata), non contestata con l'appello incidentale (v. p. 11).

9.2. Ciò posto, risulta infondato il primo profilo delle censure con cui l'appellante incidentale ha ritenuto insussistente la giurisdizione amministrativa esclusiva.

Va premesso che per la consolidata giurisprudenza amministrativa in sede di giurisdizione amministrativa esclusiva l'Amministrazione pubblica ben può agire con un ricorso, a tutela di un proprio diritto soggettivo (per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28; Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4107, sulla proponibilità dell'azione ex art. 2932 c.c.).

Sul punto, si è poi pronunciata la Corte Costituzionale, che ha affermato principi aventi un rilievo generale sui casi nei quali il ricorso al giudice amministrativo può essere proposto nei confronti di un soggetto privato.

Con la sentenza n. 179 del 2016 (§ 3.1.), la Corte Costituzionale ha evidenziato che, *«sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni, da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge»*: ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla giurisdizione esclusiva, rileva il fatto *«che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse»*.

Risulta dunque infondata la tesi dell'appellante incidentale, secondo la quale non potrebbe sussistere la giurisdizione esclusiva, quando il ricorso sia proposto al TAR da una Amministrazione pubblica (o da un soggetto ad essa equiparato, come l'organismo di diritto pubblico, nel settore dei contratti pubblici).

Risulta altresì infondata l'altra tesi dell'appellante incidentale, secondo cui il TAR avrebbe incongruamente richiamato il principio di concentrazione delle tutele: la medesima sentenza n. 179 del 2016 della Corte Costituzionale, al § 3.2., ha evidenziato che *«l'ordinamento non conosce materie 'a giurisdizione frazionata', in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l'amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo»*.

9.3. Per un duplice ordine di considerazioni, risulta altresì infondato il secondo profilo in base al quale l'appellante incidentale ha dedotto che non sussisterebbe la giurisdizione amministrativa esclusiva, in ragione della tipologia del contratto rispetto al quale è stata bandita la gara.

9.3.1. Come ha evidenziato l'appellante principale, sotto il profilo sostanziale l'allegato II A del codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo n. 163 del 2006, ha previsto che il contratto di mutuo rientra tra gli appalti di servizi ivi elencati, sicché si applica l'art. 20, comma 2, del medesimo codice.

Infatti, la voce 6 del citato allegato II A include tra gli appalti di servizi i *«servizi bancari e finanziari»*, con l'eccezione *«dei contratti dei servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli e di altri strumenti finanziari, nonché dei servizi forniti da banche centrali»*.

9.3.2. Inoltre, per la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, rilevano le disposizioni dell'art. 27 del medesimo codice dei contratti pubblici (applicabile *ratione temporis*), il quale – estendendo in materia i relativi doveri delle Amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad essi equiparati, come gli organismi di diritto pubblico, ha disposto l'applicazione dei principi del Trattato anche ai contratti esclusi (per ragioni di soglia o di oggetto), imponendo il rispetto delle 'regole minimali' della evidenza pubblica (Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4902; Sez. V, 24 aprile 2013, n. 2282; Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 775; Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16).

Ciò comporta che, contrariamente a quanto ha dedotto l'appellante incidentale, la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha doverosamente indetto la procedura ad evidenza pubblica, che ha condotto alla controversia in esame.

10. Così riaffermata la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva, si deve esaminare la censura della s.p.a. Banca Carige, la quale ha lamentato che il TAR non avrebbe esaminato la sua eccezione, formulata in primo grado, secondo cui sarebbe inconfigurabile una propria responsabilità, poiché la domanda risarcitoria ha riguardato *«una fase anteriore rispetto all'aggiudicazione in suo favore (che, nella fattispecie, non è pacificamente mai stata disposta)»*.

11. Ritiene la Sezione che tale censura sia infondata e vada respinta.

Il richiamo al fatto che non vi è stata la stipula del contratto, più che fondare una eccezione in senso tecnico, ha riguardato una 'linea difensiva' della s.p.a. Banca Carige, volta a rappresentare l'insussistenza di profili di una propria responsabilità.

Dall'esame della complessiva *ratio decidendi* della sentenza impugnata, si evince che il TAR ha ricostruito compiutamente i fatti accaduti, ha evidenziato che tra le parti non vi è mai stata la stipula del contratto (prendendo così in considerazione la 'linea difensiva' della s.p.a. Banca Carige) ed ha qualificato in linea di principio la domanda della s.p.a. Ospedale di Sassuolo come riconducibile ad una pretesa risarcitoria per responsabilità precontrattuale (pur se ha poi respinto la domanda, per l'assenza di danni giuridicamente risarcibili).

12. A questo punto, si deve passare all'esame del merito delle questioni controverse tra le parti.

13. Per ragioni di ordine logico, va innanzitutto esaminata la questione se la s.p.a. Banca Carige abbia commesso un fatto illecito, nel rifiutare la stipula del contratto, dopo aver saputo che la sua offerta era stata collocata al primo posto nella graduatoria, nel verbale del 28 novembre 2006.

Infatti, ove si dovesse escludere la sussistenza di un illecito, diventerebbe del tutto irrilevante verificare se sia stato cagionato un danno risarcibile.

14. Ritiene la Sezione che vadano condivise le deduzioni della s.p.a. Ospedale di Sassuolo, già ritenute fondate dal TAR, sulla sussistenza di un fatto illecito della s.p.a. Banca Carige (sicché risultano infondate le deduzioni dell'appello incidentale).

E' decisivo considerare che l'offerta economica della Banca (trasmessa il 16 novembre 2006: v. il doc. 9, depositato in allegato al ricorso di primo grado) non ha operato alcun richiamo alla necessità o alla eventualità della approvazione di suoi organi deliberanti ed ha indicato la sua incondizionata disponibilità a stipulare il mutuo (nel caso di esito favorevole della procedura di evidenza pubblica), precisando che «l'offerta resterà valida 60 giorni decorrenti da quello di scadenza per la presentazione dei documenti di gara».

Il testo di tale dichiarazione è univoco nell'evidenziare l'impegnatività di tale offerta: non solo esso non ha fatto riferimento ad una condizione sospensiva o risolutiva, ma ha inoltre fatto riferimento ai «60 giorni decorrenti da quello di scadenza per la presentazione dei documenti di gara», così evidenziando che - decorso tale termine - non sarebbe stata rilevante una eventuale determinazione della s.p.a. Ospedale di Sassuolo di concludere il contratto con la medesima Banca offerente.

Contrariamente a quanto ha dedotto la s.p.a. Banca Carige, tale dichiarazione è univoca, anche se nella stessa data 16 novembre 2006 vi era stata la trasmissione di un'altra dichiarazione, che precisava come l'approvazione fosse stata presentata «*nelle more dell'approvazione della relativa pratica di affidamento da parte dei competenti organi deliberanti*».

Poiché l'offerta è stata presentata senza l'apposizione di alcuna condizione e a firma del legale rappresentante della Banca, questa ulteriore dichiarazione sul piano obiettivo non può essere che intesa come l'impegno di attivare e di far concludere positivamente la «pratica» da parte degli «organi deliberanti».

Va pertanto confermata la statuizione del TAR, che ha considerato ingiustificato il «rifiuto di stipulazione del contratto, a seguito della presentazione della migliore offerta da parte di Banca Carige s.p.a.».

15. Si deve ora passare all'esame della censura proposta con l'appello principale, secondo cui sarebbe in concreto risarcibile il danno cagionato dalla s.p.a. Banca Carige, consistente nel maggiore importo da corrispondere complessivamente per la stipula del mutuo con la Banca Popolare dell'Emilia Romagna (e quantificato nella memoria conclusiva di primo grado in euro 122.729,24, tenuto conto della differenza del meno favorevole *spread* offerto da tale Banca).

16. Osserva al riguardo la Sezione che l'ordinamento ha tradizionalmente disciplinato il caso in cui l'aggiudicatario di una gara d'appalto poi si rifiuti di stipulare il contratto con l'Amministrazione che abbia emanato il bando.

16.1. Nel sistema della legge sulla contabilità di Stato (v. il regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e successive modificazioni), era previsto il sistema del versamento di una «cauzione provvisoria», per la partecipazione alla gara.

Come era evidenziato dalla pacifica giurisprudenza, la «cauzione provvisoria» aveva «natura di garanzia» e non poteva essere considerata una «caparra penitenziale» (la quale presuppone che le parti si siano riservate il diritto di recesso dal contratto): nel caso di mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, l'Amministrazione poteva incamerare la cauzione provvisoria, salva la sua possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno effettivo (per tutte, Cass., 5 aprile 1976, n. 1220; Cass., Sez. Un., 16 maggio 1977, n. 1962).

Pertanto, già nel vigore della legge sulla contabilità di Stato si è consolidato nella giurisprudenza un principio generale, per il quale – quando l'aggiudicatario di una gara pubblica senza giustificazione non stipula il contratto – non rilevano le discussioni concernenti la natura della sua responsabilità: il danno risarcibile è quello conseguente alle spese di indizione di una nuova gara (se non vi sono stati altri partecipanti), ovvero quello conseguente ai maggiori esborsi di denaro, conseguenti alla aggiudicazione disposta in base allo 'scorrimento'.

16.2. In attuazione del Trattato di Roma del 1957 e delle direttive comunitarie (ed all'esigenza di evitare la perdita di liquidità delle imprese), dapprima la legge n. 348 del 1982 (poi trasfusa nella legge n. 109 del 94) aveva consentito ai partecipanti alle gare di non depositare somme a titolo di cauzione, ma di produrre «*polizze fideiussorie*».

Successivamente, per la partecipazione alle gare l'art. 75 del codice n. 163 del 2006 e l'art. 93 del codice n. 50 del 2016 hanno disposto la presentazione di «*garanzie a prima richiesta*» (commisurate in percentuale fissa al prezzo di gara e aventi anch'esse una funzione di garanzia), che attribuiscono alla stazione appaltante una 'tutela rafforzata', cioè il potere di disporre l'escussione dell'importo previsto, per il caso in cui l'aggiudicatario non intenda stipulare il contratto.

*Ab antiquo*, le leggi hanno dunque previsto che l'impresa per partecipare alla gara debba previamente consentire alla stazione appaltante la più rapida soddisfazione nel caso di mancata stipula del contratto, mediante:

- l'incameramento della cauzione, nel sistema della legge di contabilità di Stato;
- la richiesta di pagamento «*a prima richiesta*» al garante, nel sistema a base dei codici del 2006 e del 2016.

Tuttavia, anche se il bando non prevede tali forme di tutela 'rafforzata' della stazione appaltante, essa ben può chiedere al giudice di disporre la condanna dell'autore del fatto illecito.

16.3. Le leggi sopra indicate – sull'onere per i partecipanti di versare la cauzione provvisoria, ovvero di presentare la «*polizza fideiussoria*» - si sono basate sul principio indiscusso – basato anche sul buon senso - della risarcibilità del danno prodotto dal partecipante che rifiuti senza motivo di stipulare il contratto.

Mentre nel diritto privato il codice civile del 1942 ha previsto regole per i casi di responsabilità precontrattuale, nel diritto pubblico la normativa sulla contabilità di Stato ed i codici sui contratti pubblici hanno posto regole specifiche sullo specifico caso in cui l'aggiudicatario violi i principi di buona fede e di correttezza.

Il principio sopra rilevato – sulla risarcibilità del danno cagionato – rende irrilevante in questa sede la questione della natura della responsabilità dell'aggiudicatario (che si porrebbe, ad es., in tema di prescrizione dell'azione risarcitoria).

16.4. Anche in considerazione di tale normativa di settore, in giurisprudenza si è infatti consolidato il principio per il quale la stazione appaltante può ottenere il risarcimento del danno effettivo per il caso di mancata stipula dell'aggiudicatario, pur se esso ecceda l'importo della cauzione provvisoria (v. anche Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009, n. 2634; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302; citate dall'appellante principale).

17. Nel caso di specie, il bando indetto dalla s.p.a. Banca di Sassuolo non ha previsto – ai fini della partecipazione alla gara - né il versamento di una cauzione provvisoria, né la presentazione di una «*garanzia a prima richiesta*».

Tuttavia, malgrado tale mancata previsione del bando, la s.p.a. Ospedale di Sassuolo ha ben potuto chiedere il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario: il principio generale sulla risarcibilità del danno si applica pur se il bando non abbia richiesto il versamento della cauzione provvisoria o la presentazione della polizza fideiussoria.

Se una tale previsione vi fosse stata, non ci sarebbe stato bisogno verosimilmente della domanda di liquidazione in sede giurisdizionale, se non per la quantificazione del danno effettivo, ma anche in sua assenza la stazione appaltante può agire per ottenere dal giudice l'accertamento della responsabilità e la liquidazione del danno risarcibile.

18. Contrariamente a quanto ha ritenuto la sentenza appellata, risulta dunque fondata la pretesa della s.p.a. Ospedale di Sassuolo ad ottenere il risarcimento del danno, conseguente ai maggiori oneri da essa sopportati a seguito della stipula del contratto di mutuo con la Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

Tali maggiori oneri risultano anche qualificabili come 'perdita' in termini di danno emergente, come è stato dedotto dall'appellante principale.

19. Circa la quantificazione dei danni, ritiene la Sezione che sia fondata la domanda della s.p.a. Ospedale di Sassuolo, basata sul criterio di computo basato sulla differenza del meno favorevole *spread*, offerto dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

La s.p.a. Banca Carige – pur avendo articolato le proprie difese su tutte le questioni sopra trattate – in ordine a tale criterio non ha nulla rilevato. Del resto, esso risulta ragionevole e giustificato, poiché basato sul 'criterio della differenza', tra l'onere sopportato dall'Ospedale nel caso di stipula con la s.p.a. Banca Carige e quello sopportato a seguito della stipula con la Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

20. Quanto alla concreta liquidazione dell'importo dovuto a titolo di risarcimento, in primo ed in secondo grado l'appellante principale ha indicato l'importo complessivo di euro 122.729,24, oltre rivalutazione ed interessi

Poiché non vi è stata alcuna contestazione sul punto nel corso dei due gradi del giudizio, ritiene la Sezione che la condanna debba essere conseguentemente disposta per tale importo.

21. Per le ragioni che precedono, pronunciando sull'appello n. 2365 del 2016, la Sezione:

- respinge l'appello incidentale;
- accoglie l'appello principale, sicché – in riforma parziale della sentenza impugnata – condanna la s.p.a. Banca Carige al pagamento – in favore della s.p.a. Ospedale di Sassuolo – di euro 122.729,24, oltre interessi e rivalutazione, da calcolare tenendo conto della data di pubblicazione della riformata sentenza del TAR;
- condanna la s.p.a. Banca Carige al pagamento delle spese e degli onorari dei due gradi del giudizio, nella misura indicata nel dispositivo.

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

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), pronunciando sull'appello n. 2365 del 2016:

- respinge l'appello incidentale;
- accoglie l'appello principale, sicché – in riforma parziale della sentenza impugnata – condanna la s.p.a. Banca Carige al pagamento – in favore della s.p.a. Ospedale di Sassuolo – di euro 122.729,24, oltre interessi e rivalutazione, da calcolare tenendo conto della data di pubblicazione della riformata sentenza del TAR;
- condanna la s.p.a. Banca Carige al pagamento di euro 15.000 (quindicimila) per spese ed onorari dei due gradi del giudizio, di cui euro 5.000 per il primo grado ed euro 10.000 per il secondo grado.

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

Così deciso in Roma, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente, Estensore

Carlo Deodato, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere