

N. 04903/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 20560/2000 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 20560 del 2000, proposto da:  
Cerere Immobiliare Appalti – CIA s.r.l., in persona del legale  
rappresentante p.t. , già rappresentata e difesa dall'avv. Gianfranco Polinari,  
e, successivamente, dall'avv. Francesco Di Ciollo, con domicilio eletto  
presso Pier Luigi Panici in Roma, via Germanico, 172;

*contro*

Comune di Roma, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'  
avv. Pierludovico Patriarca, con il quale è elettivamente domiciliato in  
Roma, alla via Tempio di Giove, 21, presso l'Avvocatura comunale;

*per l'annullamento*

delle seguenti delibere di esclusione dalle relative gare:

- gara per i lavori finalizzati alla realizzazione di un parcheggio auto sito nei pressi della stazione ferroviaria di Ostia Lido Nord e pavimentazione stradale di via Albizzati – loca. Dragona Acilia (importo L. 564.695.571) – n. 86 apertura buste 25.9.2000;
- gara per i lavori di straordinaria manutenzione strada in zona Madonnetta

e Via di Macchia Saponara (importo L. 403.033.845) – n. 99 apertura buste il 25.9.2000 e per le seguenti gare senza alcun controllo della documentazione

- lavori di costruzione della Via del Fosso di Dragoncello (importo L. 10.781.701.258) apertura buste 3.10.2000, n. 106;

- lavori di rifacimento cigli Via Ruspoli, manutenzione straordinaria Via Tradate, Dragona riqualificazione ambientale di via Baleniere (importo L. 895.261.752) – n. 100 apertura buste del 2.10.2000;

- indizione gara asta pubblica relativa ad interventi di adeguamento del ponte di via Pantan Monastero su Rio Galeria (importo L. 925.182.541) n. 103 apertura buste il 29.9.2000);

nonché per il risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma;

Vista la domanda di risarcimento del danno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 23 maggio 2012 il Cons. Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti di cui al verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato al Comune di Roma il 2.11.2000 e depositato l'1.12.2000, parte ricorrente impugnava l'esclusione da una serie di gare.

In tutti i casi, l'esclusione risultava motivata dall'intimata amministrazione in ragione del fatto che la società non aveva comprovato di avere eseguito lavori nella categoria prevalente OG3 "nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando di gara (anni 1995 – 1999)". L'amministrazione

soggiungeva peraltro che il certificato presentato, relativo all'anno 2000, era "privo della specifica attestante la regolare esecuzione".

Avverso siffatta determinazione veniva sostanzialmente articolato un solo mezzo, con il quale si deduceva che avrebbero dovuto essere presi in considerazione anche i lavori "eseguiti e contabilizzati" nei 60 mesi antecedenti la pubblicazione del bando.

Si costituiva, per resistere, il Comune di Roma.

Con ordinanza n. 11068 del 20.12.2000, veniva respinta l'istanza cautelare.

Con ricorso notificato il 15.5.2003 e depositato il 30.5.2003, parte ricorrente, oltre ad allegare l'esistenza di una decisione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 18.10.2001, favorevole alla propria tesi, articolava una domanda di risarcimento del danno cagionato dal fatto che, a suo dire, il comportamento del Comune di Roma le aveva impedito di partecipare, oltre alle gare di cui si verte, ad altre 139 gare nel periodo compreso tra il 14.9.2000 e il 14.2.2001.

Asseriva, in particolare, che era solita aggiudicarsi circa il 40% degli appalti cui partecipava e di trarre, quale utile, più del 25% del prezzo di aggiudicazione.

Quantificava quindi il danno subito in euro 3.500.000,00 oltre interessi dal 14.2.2001 al saldo.

Con ordinanza n. 3141 del 2 luglio 2003, l'istanza di concessione di un'ordinanza di condanna *ex art. 186 -bis* ovvero 186 *-ter* c.p.c., al pagamento di euro 3.500.000,00, veniva respinta.

Con memoria del 12.4.2012, parte ricorrente ha operato una nuova quantificazione della propria pretesa risarcitoria, distinguendo le seguenti voci di danno:

- euro 22.550,00 quale danno emergente in relazione ai costi sostenuti per partecipare alle cinque gare dalle quali venne originariamente esclusa;
- euro 276.552,99 quale lucro cessante, in relazione alla mancata

aggiudicazione delle gare medesime;

- euro 800.000,00/950.000,00 quale perdita di *chance* in relazione alle 139 gare bandite nel periodo contestato e alle quali non ha potuto partecipare;
- per un totale di euro 853.222,44 ovvero 1.044.172,54.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie, in vista della pubblica udienza del 23 maggio 2012, alla quale il ricorso, ivi compresa la successiva domanda risarcitoria, sono stati trattenuti per la decisione.

2. In via preliminare, va respinta l'eccezione sollevata da Cerere con la memoria conclusiva circa il fatto che il Comune di Roma non avrebbe rispettato il termine libero di 40 giorni prima dell'udienza previsto dall'art. 71, comma 1, c.p.a., per il deposito di documenti (nella fattispecie avvenuto il 26.4.2012).

Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 120, in combinato disposto con l'art. 119, comma 2, c.p.a., nelle controversie relative (tra le altre) all'affidamento di lavori pubblici "tutti i termini processuali ordinari" sono dimezzati, ivi compreso quello per il deposito del ricorso.

La disposizione, peraltro, riproduce quella un tempo contenuta nell'art. 23 *-bis*, comma 2, della l. n. 1034/71, aggiunto dall'art. 4 della l. 21 luglio 2000, n. 205 ("I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso").

Proprio in relazione a tale disposizione, vigente all'epoca della notificazione del ricorso introduttivo, il Comune di Roma ha, per converso, insistito per l'accoglimento dell'eccezione di irricevibilità per tardività del deposito di quest'ultimo (avvenuto oltre il termine dimidiato di quindici giorni).

Al riguardo, il Collegio reputa però che, ai sensi dell'art. 37 c.p.a., possa riconoscersi d'ufficio il beneficio dell'errore scusabile.

Va infatti considerato che, all'epoca del ricorso (notificato il 2.11.2000), l'art. 23 *-bis* era in vigore da pochissimi mesi e che, comunque, solo successivamente la giurisprudenza amministrativa si sarebbe consolidata nel

sensu che l'espressione "proposizione del ricorso", dovesse intendersi come riferita soltanto alla notificazione dell'atto introduttivo e non anche al successivo deposito della copia del ricorso ritualmente notificato (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. plen., 31 maggio 2002 n. 5; Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2002 n. 3043; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1906; Tar Lombardia – Brescia, 26 febbraio 2003, n. 297).

2. Ciò posto, deve tuttavia osservarsi che l'azione, nella sua parte impugnatoria, si rivela comunque inammissibile sotto due ulteriori profili, già fatti rilevare dalla Sezione nella sede cautelare.

In primo luogo, non risulta evocata in giudizio alcuna delle imprese che, negli stessi atti impugnati, vengono individuate quali aggiudicatarie della commessa.

Per pacifico orientamento giurisprudenziale, rispetto al provvedimento di esclusione da una gara ad evidenza pubblica non sono, in genere, configurabili soggetti controinteressati in senso tecnico, poiché tale qualità presuppone la sussistenza di soggetti nominativamente indicati nel provvedimento impugnato o agevolmente individuabili in base ad esso.

E' altrettanto pacifico che l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria di una gara d'appalto costituisce una facoltà, e non un onere, trattandosi di atto endoprocedimentale non idoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non è risultata vincitrice, lesione che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva.

Tuttavia, dai principi testé esposti, la giurisprudenza ha desunto anche che, nel ricorso presentato dal concorrente escluso dalla gara, l'aggiudicatario provvisorio assume la veste di controinteressato quando l'esclusione e l'aggiudicazione (provvisoria) siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, sussistendo il qualificato interesse dell'aggiudicatario provvisorio alla conservazione dell'atto di esclusione (e conseguentemente di aggiudicazione) per avere egli un interesse opposto a quello dell'escluso,

già consacrato da una scelta (sia pure provvisoria) dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2580).

Nel caso di specie, l'esclusione e l'aggiudicazione sono appunto avvenute “*uno actu*”, di talché la ricorrente aveva l'onere di evocare in giudizio, per ciascuna delle gare dalle quali è stata esclusa, l'impresa aggiudicataria, nominativamente indicata negli stessi verbali impugnati.

2.1. A tale, assorbente profilo di inammissibilità, si aggiunge poi la circostanza che, a fronte di due ragioni di esclusione, sinteticamente ma chiaramente articolate dall'amministrazione, Cerere ha ritenuto di gravarsi esclusivamente avverso una di esse.

Risulta infatti, dalla piana lettura dei verbali impugnati, che il Comune, ha, comunque, valutato anche il “certificato lavori nella categoria OG3” relativo all'anno 2000 presentato da Cerere, e ha rilevato come lo stesso fosse privo della “specificata attestante la regolare esecuzione” (cfr., al riguardo, l'art. 22, comma 7, del d.P.R. n. 34/2000).

Parte ricorrente, produce, invero, in allegato al ricorso, una serie di certificati di esecuzione lavori, ma, in assenza dell'articolazione di motivi, e, comunque, di qualsivoglia allegazione, anche solo in punto di fatto, non è dato neanche comprendere se si tratti degli stessi certificati prodotti in sede di gara.

Appare quasi inutile soggiungere che, in assenza dell'articolazione di uno specifico motivo (art. 40, lett. c, c.p.a.), non è possibile a questo giudice esercitare i propri poteri istruttori *ex officio*.

Ciò posto, il ricorso, nella sua parte impugnatoria, deve essere dichiarato inammissibile.

3. Le considerazioni che precedono destituiscono di fondamento anche la domanda risarcitoria introdotta, con separato ricorso, nella pendenza del giudizio impugnatorio.

Essa, infatti, non sviluppa ulteriori argomentazioni rispetto a quelle

articolate con il ricorso originario e non consente di apprezzare, quindi, né la sussistenza di un fatto illecito dell'amministrazione né la sussistenza del nesso causale rispetto al danno che si assume ricevuto.

Si è visto, infatti, che l'esclusione della Cerere dalle cinque gare di appalto impugnate con il ricorso originario, non è derivata soltanto dall'omessa considerazione dei lavori eseguiti fino alla pubblicazione del bando ma anche dalla mancanza di una valida certificazione dei lavori svolti nell'anno 2000, prodotta secondo le regole di gara.

Pertanto, anche a volere considerare illegittima la determinazione dell'amministrazione di considerare i soli lavori svolti tra il 1995 e il 1999, rimarrebbe sempre il secondo motivo di esclusione, in relazione al quale parte ricorrente non ha svolto né allegazione né censura alcuna.

Quanto, poi, alla natura delle varie voci di danno articolate (anche con perizia asseverata), è parimenti agevole evidenziare che alcune di esse mancano anche dell'indispensabile nesso causale con il comportamento che si assume illegittimo.

In primo luogo, quanto al danno da mancata aggiudicazione, derivante dall'esclusione dalle cinque gare originariamente impugnate, parte ricorrente non ha dato dimostrazione alcuna del fatto che, con elevato grado di probabilità, si sarebbe effettivamente aggiudicata la commessa.

In secondo luogo, quanto al danno da perdita di *chance* derivante dalla mancata partecipazione a ben 139 gare svoltesi tra il 14.9.2000 e il 14.2.2001, esso, a ben vedere, è ricollegabile esclusivamente ad una libera scelta dell'impresa, non essendovi un collegamento "immediato e diretto" (cfr. l'art. 1223 c.c.) con un atto espulsivo dell'amministrazione.

4. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile nella parte impugnatoria, e respinto relativamente alla domanda di risarcimento del danno.

Le spese seguono come di regola la soccombenza e si liquidano in

dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II<sup>^</sup>, definitivamente pronunciando sul ricorso, di cui in premessa, così provvede:

- 1) dichiara inammissibile l'azione impugnatoria;
- 2) respinge la domanda di risarcimento del danno.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione, in favore del Comune di Roma, delle spese di giudizio, che si liquidano complessivamente in euro 1.000,00 (mille/00) oltre gli accessori, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)