

N. 03003/2014REG.PROV.COLL.
N. 03271/2011 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 3271 del 2011, proposto da ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

contro

Prismo Universal Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfonso Celotto e Enzo Perrettini, ed elettivamente domiciliata presso il primo dei difensori in Roma, via Salaria n. 89, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 974 del 2 febbraio 2011, resa tra le parti e

concernente il risarcimento dei danni per mancato affidamento dei lavori di ripristino dei punti di dilatazione ed adeguamento dei viadotti dell'autostrada A19 Palermo - Catania

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Prismo Universal Italiana s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2014 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 3271 del 2011, ANAS s.p.a. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 974 del 2 febbraio 2011 con la quale è stato accolto nei limiti di cui in motivazione il ricorso proposto da Prismo Universal Italiana s.p.a. per il risarcimento dei danni subiti a causa della mancata aggiudicazione di una gara di appalto.

A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al giudice di prime cure, la parte originariamente ricorrente, Prismo Universal Italiana s.p.a., aveva premesso di aver partecipato alla licitazione privata indetta dalla Anas per l'affidamento dei lavori di ripristino dei giunti di

dilatazione, sostituzione degli appoggi e adeguamento antisismico dei viadotti tra i KM 77+800 e 104+200 della autostrada A19 Palermo-Catania, la cui lettera di invito è stata inviata il 3 aprile 2003.

A seguito della valutazione delle offerte risultava aggiudicatario provvisorio il raggruppamento formato dalla società Tecniche Idrauliche Stradali quale capogruppo e da Tensacciai s.p.a. e Tecnolavori s.r.l. quali mandanti.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria la Prismo Universal Italiana s.p.a. aveva proposto ricorso davanti al T.A.R. del Lazio, che respingeva il ricorso. A seguito dell'appello proposto dalla Prismo è stata accolta la impugnazione con la sentenza del Consiglio di Stato n. 7034 del 2005 per il motivo relativo alla mancata giustificazione del 75% dell'importo a base d'asta, come previsto dall'art 21 comma 1 bis della legge n° 109 del 1994.

Peraltro, nel frattempo, i lavori oggetto dalla gara erano stati realizzati.

Pertanto, con il ricorso proposto in prime cure, la Prismo Universal Italiana, seconda graduata nella procedura di gara, ha proposto domanda di risarcimento danni, quantificandoli nel 10% dell'importo a base d'asta; ha richiesto, altresì, le spese sostenute per la partecipazione alla gara e il danno da mancata qualificazione.

Costituitosi ANAS s.p.a., contestando la fondatezza della domanda di risarcimento danni per la mancanza degli elementi costitutivi del danno e comunque la eccessiva quantificazione delle voci di danno, il

ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva fondata la domanda, accogliendola e provvedendo alla quantificazione del danno subito in relazione alle sole poste ritenute risarcibili.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto e, conseguentemente, la sproporzionata quantificazione del danno liquidato.

Nel giudizio di appello, si è costituita la parte appellata Prismo Universal Italiana s.p.a., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso e proponendo altresì appello incidentale, per vedersi attribuire le poste non ritenute risarcibili dal T.A.R..

All'udienza del 24 maggio 2011, l'istanza cautelare veniva accolta con ordinanza n. 4708/2009.

All'udienza del 25 maggio 2011, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - Gli appelli principale e incidentale non sono fondati e vanno respinti per i motivi di seguito precisati.
2. - In via preliminare, occorre evidenziare come la questione in esame attenga unicamente al quantum risarcitorio, atteso che non è contestata, né contestabile, la responsabilità di ANAS conseguente al mancato affidamento del contratto alla parte oggi appellata.

Ne consegue che, ai fini della decisione dell'appello, sarà necessario unicamente considerare le poste di cui si chiede il risarcimento, seguendo le diverse prospettazioni delle parti appellanti e appellate.

2.1. - In relazione alla prova dell'utile effettivo che l'impresa avrebbe potuto conseguire, appare del tutto infondata la posizione della difesa appellante che censura la valutazione del primo giudice come fondata su una prova carente.

Va, infatti, rilevato che, nel caso in esame, la documentazione sulla quantificazione dell'offerta e quindi della determinazione dell'utile d'impresa era detenuta dalla stessa ANAS, che quindi non avrebbe potuto opporre una mera allegazione contraria, ma avrebbe dovuto fornire prova esplicita in senso contrario a quanto affermato dalla controparte.

Peraltro, il dato indicato dal T.A.R., ossia dell'utile pari al 10%, è risultato espressamente provato a seguito dell'apertura dei giustificativi, fatta con verbale del 28 marzo 2011. Pertanto, nel caso in esame, la domanda deve essere accolta in relazione al lucro cessante, dove il valore del 10% del prezzo a base d'asta non è indicato in via presuntiva, ma conseguente ad una analisi puntuale dei documenti di gara, e quindi del tutto coerente con l'art. 124 c.p.a., essendosi data la prova della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, con riferimento all'offerta economica presentata al seggio di gara (Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2013 n. 3135; id., sez. V, 5 luglio

2012, n. 3940).

Il dato è quindi documentalmente incontestabile, con rigetto dei punti 1.1., 1.2. dell'appello, che si fondano sulla mancata prova del detto elemento, come pure del punto 1.3., dove appare perplessa l'indicata ripartizione dell'onere della prova ex art. 1227 c.c., che parte della giurisprudenza fa invece gravare, in quanto eccezione in senso stretto, sul creditore (da ultimo, Cassazione civile, sez. lav., 28 ottobre 2013 n. 24261; Cassazione civile, sez. III, 16 aprile 2013 n. 9137).

2.2. - Superate le doglianze oggetto dell'appello principale, occorre esaminare come siano parimenti infondate le censure proposte in sede di appello incidentale.

In primo luogo, occorre rimarcare la corretta decisione del primo giudice in merito alla non spettanza delle spese sostenute per la partecipazione alla gara.

Come ben evidenziato dal T.A.R., la giurisprudenza è costante nel ritenere che le spese di partecipazione alla gara non spettino nel caso di domanda di risarcimento danni per mancata aggiudicazione. Si tratta, infatti, di spese che la società avrebbe comunque sostenuto, anche in caso di aggiudicazione, e quindi manca proprio la riconducibilità all'area del danno, in quanto non conseguenza del fatto illegittimo dell'amministrazione ma sostenuto come onere, legittimamente imposto, per la partecipazione alla gara.

In secondo luogo, viene richiesta l'applicazione del valore del 10 %

come risarcimento dell'utile economico, come susseguente ad una quantificazione forfetaria derivante dalla giurisprudenza maggioritaria.

La doglianza non ha pregio, sia perché superata in fatto dalla constatazione che tale quantificazione era quella effettivamente risultante dai giustificativi allegati ai documenti di gara, sia per il superamento di tale giurisprudenza nei tempi più recenti sulla base di un riscontro concreto del pregiudizio sofferto come lucro cessante.

3. - Conclusivamente, gli appelli sono entrambi infondati, per ragioni eminentemente concentrate in motivi di fatto, e vanno pertanto parimenti respinti. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Sussistono quindi motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalla reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello principale e l'appello incidentale proposti nel ricorso n. 3271 del 2011;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/06/2014

IL SEGRETARIO

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