

N. 03121/2014REG.PROV.COLL.
N. 04404/2013 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 numero di registro generale 4404 del 2013, proposto da:
Anas Spa, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Cooperativa Muratori & Cementisti - Cmc di Ravenna, Aleandri Spa,
rappresentati e difesi dall'avv. Alfonso Celotto, con domicilio eletto
presso lo stesso in Roma, via Salaria N. 89;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III, n.
03228/2013, resa tra le parti, concernente risarcimento dei danni per
mancata aggiudicazione gara per affidamento lavori di
ammodernamento e adeguamento alle norme cnr delle corsie di e
delle relative corsie di emergenza dell'autostrada Salerno - Reggio

Calabria;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cooperativa Muratori & Cementisti - Cmc di Ravenna e di Aleandri Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2014 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Marco Stigliano Messuti e l'avv. Saverio Sticchi Damiani su delega dell'avvocato Alfonso Celotto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza del 3 maggio 2011 n. 2628, il Consiglio di Stato, sez. Quarta, pronunciava l'illegittimità dell'esito della gara bandita in data 7 dicembre 2004 da ANAS avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di ammodernamento e adeguamento alle norme CNR delle corsie e delle relative corsie di emergenza dell'autostrada Salerno - Reggio Calabria, tronco 1°- tratto 5°- lotto 4 dal Km. 47+800 al Km. 53+800 (gara alla quale le ricorrenti C.M.C. di Ravenna e Aleandri S.p.a., in costituendo R.T.I., avevano partecipato classificandosi seconde in graduatoria con il punteggio finale di 80,876. L'aggiudicazione è stata disposta a favore di Pizzarotti & C. S.p.a. con il punteggio di 82,00).

Il giudice di appello, con la predetta sentenza, ha in sintesi affermato

l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della società Pizzarotti & C. che, invece, avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione per aver presentato un progetto in variante di valore inferiore a quello posto a base di gara (il cui importo era di euro 191.118.563,00, comprensivo degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta pari a euro 8.498.599,94).

In ragione di ciò le società istanti, con ricorso al TAR del Lazio chiedevano la condanna di ANAS al risarcimento dei danni per equivalente (considerata l'insussistenza di presupposti per il risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 125 c.p.a., trattandosi di opere riguardanti infrastrutture di carattere strategico) pari a circa 20 milioni di euro, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi.

In particolare, le ricorrenti, dopo aver prospettato la sussistenza del nesso di causalità per i danni causati dall'illegittimità dei provvedimenti adottati da A.N.A.S. s.p.a. e l'inutilità di provare l'elemento soggettivo della colpa in capo alla predetta società (ciò in ragione di quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza 30 settembre 2010, C-314/09), individuavano le seguenti voci di danno da risarcire:

- danno emergente, ovvero le spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara, pari ad euro 198.709,93;
- lucro cessante, ovvero l'utile che avrebbero conseguito in caso di affidamento della gara, quantificato in euro 15.807.763,83 (pari al

10% dell'importo offerto in sede di gara);

- danno curriculare (causato dalla perdita correlata al mantenimento e all'arricchimento del proprio curriculum), pari ad euro 4.742.329,14 (ovvero il 3% del valore dell'appalto).

Con la sentenza in epigrafe, il TAR, respinte le eccezioni di prescrizione e di decadenza dell'azione risarcitoria proposte da controparte, accoglieva il ricorso riconoscendo in via presuntiva minimale solo il diritto al risarcimento dei danni, per mancata aggiudicazione dell'appalto, nella misura del 5% della sua offerta (con rivalutazione monetaria), rigettando, invece, per carenza di allegazione probatoria, la richiesta di danno "curriculare" e di interessi compensativi sulla somma via via rivalutata.

2.- La pronunzia veniva impugnata innanzi a questo Consesso dall'ANAS e, con appello incidentale, dalla Cooperativa Muratori e Cementisti (CMC).

2.1.- Le parti precisavano le proprie tesi in successive memorie ed il gravame, alla pubblica udienza del 15 aprile 2014, era trattenuto in decisione.

DIRITTO

- La controversia all'esame della Sezione (avente ad oggetto risarcimento di danni da illegittima mancata aggiudicazione di appalto) è composta da un atto introduttivo, costituito dall'appello dell'ANAS, e da un appello incidentale, proposto dalla CMC, ricorrente vincitrice in primo grado per effetto della sentenza

gravata.

1.- Col primo mezzo dell'appello introduttivo, l'ANAS censura la sentenza nella parte in cui, dopo avere verificato il rispetto del termine di proposizione dell'azione risarcitoria ex art. 30 c.p.a, ha ritenuto superfluo vagliare l'eccezione prescrizione sul decorso del termine di cinque anni dalla data di conoscenza del provvedimento lesivo; ciò costituirebbe violazione dell'art. 277 c.p.c., che impone al giudice di decidere gradatamente tutte le eccezioni formulate dalle parti, comprese le eccezioni preliminari di merito, quali la prescrizione, configurandosi altrimenti il dedotto vizio di infirmità.

Il Collegio, premesso che l'eccezione di prescrizione del diritto soggettivo, se accolta, determinerebbe l'effetto di natura sostanziale (l'estinzione) della posizione soggettiva vantata, osserva che la sua trattazione presuppone l'accertamento "*ab origine*" della fondatezza della pretesa (poi non esercitata nel corso del tempo); in caso opposto (reiezione della domanda nel merito) la stessa eccezione resta invece assorbita dall'infondatezza della istanza processuale, non essendo configurabili problemi di estinzione temporale per diritti che non sussistono. Pertanto, sull'ipotizzato vizio di omessa trattazione dell'eccezione prescrizione nonostante l'accoglimento del ricorso nel merito, il Collegio rinvia l'esame della questione (dovuto in applicazione del principio devolutivo) successivamente alla definizione nel merito della pretesa in controversia (v. infra, punto

1.5).

1.2.- Parimenti in tema di prescrizione, l'intero secondo ordine di motivi ed il primo motivo del secondo gruppo sono volti a sostenere, l'erroneità della decisione per non aver dichiarato la prescrizione del diritto nonostante che l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto fosse stata conosciuta dall'impresa odierna resistente (CMC) il 28.6.2006 e che i previsti cinque anni fossero trascorsi in data 28 giugno 2011. Anche qui, per la ragione sopra indicata, il Collegio rinvia al successivo punto 1.5) .

1.3.- Il terzo articolato gruppo di censure, muove criticando la sentenza ove ha rigettato l'eccezione di decadenza per il motivo che, conteggiando (dalla data di notifica della sentenza n.2826/2011) i trenta giorni per l'azione revocatoria ordinaria ed i 45 giorni della sospensione feriale, i 120 giorni previsti dall'art. 30 del c.p.a. scadono successivamente al 18.11.2011, data di proposizione dell'azione risarcitoria.

La tesi accolta da TAR risulterebbe erronea in quanto la sentenza di annullamento è passata in giudicato nella data di deposito 3.5.2011, non rilevando la successiva notifica del 31.5.2011, né i termini per il ricorso in Cassazione e per revocazione ordinaria. Pertanto, essendo il termine in questione trascorso col 16.10.2011, la domanda risarcitoria proposta per la prima volta il 18.11.2011 col ricorso al TAR, risulterebbe posteriore al decorso dei 120 giorni. Nessuna delle due tesi coglie nel segno.

Va infatti rilevato che al momento di avvio del termine prescrizionale (conoscenza del fatto ritenuto dannoso, avvenuta comunque nel 2006), non solo non era in vigore alcun termine decadenziale per l'azione risarcitoria nel giudizio amministrativo (essendo stato introdotto solo col c.p.a. del 2010), ma nella specie opera l'art.2 dell'allegato 3 del c.p.a, recante la ultrattività dei termini in corso e pertanto la piena applicabilità ai termini ancora correnti al momento di entrata in vigore del nuovo codice.

Pertanto il termine decadenziale non risulta applicabile all'azione in esame, dovendo la tempestività della stessa essere valutata alla stregua del termine prescrizionale, a sua volta decorrente dal momento in cui il diritto può essere esercitato (art. 2935 cod. civ.).

1.3.1.- Tutti gli altri articolati rilievi svolti dal punto 3.2. al punto 3.7.9 del ricorso sono formulati a contrasto della tesi accolta dal TAR del rispetto del termine decadenziale dell'art. 30 e sono pertanto assorbiti una volta riconosciuta l'inapplicabilità di detto termine all'azione in trattazione.

1.4.- Entra nel merito della controversia (risarcimento del danno) il quarto ordine di motivi, contrastando il riconoscimento in favore della CMC del mancato utile (lucro cessante) per mancata aggiudicazione dell'appalto e quantificato nella misura del 5% della sua offerta. In particolare, dopo articolata esposizione della varia giurisprudenza collegabile alla questione, emerge che il primo giudice avrebbe errato nel riconoscere il risarcimento in quanto:

- la CMC non avrebbe addotto elementi significativi in ordine ai c.d. “indici di successo” nel conseguimento dell’appalto, tenuto conto che questo si svolgeva secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa;
- il lucro cessante non era integralmente risarcibile, dovendo essere ulteriormente ridotto (in ragione dell’incertezza di cui sopra) rispetto alla riduzione già operata in via equitativa dal TAR Lazio;
- secondo altro orientamento giurisprudenziale, detta incertezza impediva “in toto” il risarcimento del lucro cessante;
- non può valere il concetto espresso dal punto n.8 della sentenza n. 2628/2011 (sulla portata del vizio dell’aggiudicazione), trattandosi di un “*obiter dictum*”.

Le riassunte argomentazioni, tutte afferenti alla questione della misura delle riduzione equitativa del danno da lucro cessante, non sono condivisibili. Ed invero il Collegio non può aderire alla tesi per cui in mancanza di una prova certa fornita dall’impresa interessata (sulla immobilizzazione di tutti i mezzi dell’impresa in attesa della aggiudicazione) e sulle cosiddette “chances” di successo, detta voce debba essere azzerata. La giurisprudenza prevalente, che il collegio condivide, è, infatti, orientata (cfr. tra le tante Cons. di Stato, sez.VI, n. 7004/2010) nel ritenere che anche in tale situazione non può negarsi un minimo di probabilità, che dà luogo ad una misura risarcitoria equitativamente quantificabile nel 5% della sua offerta. Peraltro, con stretto riferimento al caso in esame, tale conclusione

risulta ove dall'indagine sulle ragioni che hanno determinato l'annullamento della aggiudicazione emergano rilievi significativi in proposito; in particolare, sul tema (e a differenza di quanto argomentato dall'appellante) il ragionamento condotto dal Cons. di Stato al punto n. 8 della sentenza citata tutt'altro può definirsi che un "*obiter dictum*". Si legge infatti in quel paragrafo della decisione che "Alla luce delle conclusioni del verificatore e delle precisazioni che precedono, deve affermarsi la fondatezza delle doglianze attoree, risultando confermato da un lato che Pizzarotti & C. S.p.a. ha inserito nella propria offerta tecnica delle voci di prezzo "gonfiate" (nei sensi e con le modalità che si sono precisate), e dall'altro lato che tali voci hanno avuto un'incidenza determinante nell'aggirare la clausola della *lex specialis* che sanzionava con l'esclusione le varianti che comportassero un valore del progetto inferiore a quello posto a base di gara". Se a tale valutazione in diritto si aggiunge il fatto incontestato (confermato dalla sentenza impugnata) che la concorrente CMC si era classificata seconda nella graduatoria di gara, è agevole ritenere che dall'esclusione dell'impresa illegittimamente aggiudicataria derivava per la CMC non certo l'automatica aggiudicazione, ma una forte probabilità di conseguirla, che non assurgeva al grado di certezza unicamente poiché, anche ove fosse stata esclusa la vincitrice Pizzarotti, anche l'offerta della CMC avrebbe dovuto soggiacere ad una preventiva valutazione di vantaggiosità, con esiti non determinabili con certezza.

1.5.- Anche l'eccezione di prescrizione del diritto riconosciuto dal TAR alla CMC si palesa destituita di fondamento. Si è già chiarito sopra che il termine di prescrizione costituiva anche il termine per l'utile proposizione della domanda giurisdizionale volta al risarcimento. Qui va aggiunto che, dagli atti del processo, risulta che la conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, costituente l'atto dannoso (ed in relazione al quale poteva esercitarsi l'azione risarcitoria) non è provato sia anteriore alla data di impugnazione della stessa (9.9.2006); pertanto il quinquennio da essa decorrente scadeva il 9.9.2006 e risulta interrotto tempestivamente dall'atto di diffida a risarcire notificato dalla CMC il 10.8.2011.

La difesa dell'appellante oppone che, in applicazione dell'art. 1219, comma 2, e del principio di cui all'art. 2943 codice civile (tassatività delle cause interruttive), la cennata diffida non sarebbe idonea ad interrompere il termine prescrizionale. L'eccezione è infondata. La prima disposizione stabilisce semplicemente non la inidoneità (trattandosi di mora "*ex re*") di un atto di costituzione in mora al fine di affermare la responsabilità aquilana del debitore; il che, del tutto evidentemente, non preclude alcun effetto interruttivo della diffida. L'art 2943, poi, a conferma della infondatezza dell'assunto, prevede espressamente, al n. 4, come causa interruttiva ogni altro atto idoneo a costituire in mora, sicché anche sotto tale aspetto la norma invocata non costituisce alcun ostacolo alla interruzione.

Deve quindi confermarsi che il diritto vantato dalla CMC e

riconosciuto dal TAR non risulta estinto per prescrizione.

1.6. - Conclusivamente l'appello dell'ANAS deve essere respinto.

2.- L'appello incidentale della CMC critica autonomamente la sentenza per avere:

- limitato il lucro cessante (da riconoscersi integralmente);
- negato il danno curriculare (di cui si chiede il riconoscimento e la condanna del debitore nella misura del 3% dell'importo affidato);
- negato la spettanza interessi compensativi, sulla somma risarcitoria comprensiva di rivalutazione.

Anche l'impugnazione incidentale non può trovare accoglimento.

2.1.- Trattando della censura principale svolta in proposito dall'ANAS (v. sopra punto 1.4.) si sono già rilevati i motivi per cui il lucro cessante non può trovare nella specie integrale ristoro.

2.2.- Quanto al mancato riconoscimento del danno curriculare, il Collegio deve confermare la posizione assunta dal TAR, richiamandosi alla necessità, non soddisfatta dalla ricorrente, di fornire puntuale dimostrazione che l'incremento del curriculum (conseguito con l'eventuale aggiudicazione dell'appalto perduto), avrebbe potuto essere utilizzato come referenza decisiva per ottenere successivi appalti.

2.3.- Ugualmente sugli interessi compensativi sulla somma risarcitoria, è condivisibile la tesi accolta dal primo giudice. Anche qui è in effetti mancata la prova che la rivalutazione monetaria attribuita dal TAR fosse insufficiente a proteggere il credito

risarcitorio riconosciuto.

2.4.- Quanto al risarcimento del danno emergente per le spese sopportate in ordine alla partecipazione alla gara, la pretesa non può essere assecondata, perché si tratterebbe di una non ammessa duplicazione. Chi ha ottenuto il risarcimento per la mancata vittoria, conseguendo, dunque, quanto ritenuto dovuto in esito a questo riconoscimento, non può, per giurisprudenza consolidata, accampare l'aspirazione al reintegro delle spese che tutti i partecipanti hanno affrontato per rendersi presenti alla selezioni (non trattandosi, del resto, di ripristino del danno precontrattuale da illegittimità nelle trattative).

2.5.- Anche per l'appello incidentale restano infine assorbiti ulteriori motivi ed eccezioni, che il Collegio non ritiene rilevanti ai fini della sua decisione.

3.- Sussistono giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese del presente grado di giudizio, attesa la reciproca soccombenza tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, respinge l'appello principale, proposto dall'ANAS.

Respinge l'appello incidentale proposto dalla CMC.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/06/2014

IL SEGRETARIO

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