



N.6059/2006

Reg. Dec.

N. 1166 Reg. Ric.

Anno 2006

**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 seguente

**D E C I S I O N E**

sul ricorso in appello iscritto al NRG. 1166 dell'anno 2006 proposto da **ALPES COSTRUZIONI S.R.L.**, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide De Vivo, Luca Mazzeo e Andrea Reggio d'Aci, con i quali è selettivamente domiciliata in Roma, via Giosuè Borsi, n. 4 (presso l'avvocato Federica Scafarelli);

**contro**

**A.N.A.S. S.p.A.**, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

**per l'annullamento**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Sardegna, sez. I, n. 1982 del 3 ottobre 2005;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.N.A.S. S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 426 del 6 luglio 2006;

Relatore alla pubblica udienza del 4 luglio 2006 il Consigliere Carlo Saltelli;

Uditi per l'avvocato De Vivo per la società appellante e l'avvocato dello Stato Giacobbe;

Ritenuto in fatto e considerato quanto segue.

### **FATTO**

Con ricorso giurisdizionale notificato il 9/10 dicembre 1999 la Alpes Costruzioni s.r.l. chiedeva al Tribunale amministrativo regionale della Sardegna l'annullamento: a) dell'atto di esclusione dalla gara 201A99 indetta dall'A.N.A.S. – Compartimento per la viabilità della Sardegna, Cagliari – avente ad oggetto la realizzazione dei lavori “di distese generali periodiche con conglomerati bituminosi e configurazione delle carreggiate tra i Km. 146+400 e 149+500 e tra i Km. 181+00 e 183+500” per un importo a base d'asta di €. 325.744,86; b) dell'aggiudicazione alla Angius Giuseppe s.a.s. della citata gara d'appalto; c) del verbale di gara del 10 novembre 1999 recante la sua esclusione dalla procedura selettiva e l'aggiudicazione alla Angius Giuseppe s.a.s.; d) in parte qua del bando di gara n. 201A99 e del relativo avviso del 27 settembre 1999 (prot. 34659, Torn 28/29).

La ricorrente, in sintesi, assumeva di essere stata illegittimamente esclusa dalla predetta gara di appalto per aver prestato, a titolo di cauzione provvisoria, una fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria, garanzia che peraltro era stata sempre ritenuta idonea dall'A.N.A.S. in precedenti procedure selettive, disciplinate da bandi assolutamente identici a quello di cui alla gara n. 201A99.

L'adito tribunale, nella resistenza dell'intimata A.N.A.S., con la sentenza n. 460 del 19 aprile 2000 annullava il provvedimento di esclusione e quello conseguente di aggiudicazione alla controinteressata Angius Giuseppe s.a.s., ritenendo erroneamente interpretato dalla amministrazione appaltante l'articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nonché lo stesso bando di gara.

Il Consiglio di Stato, sez. IV, con decisione n. 1927 del 3 aprile 2001, pronunciando sull'appello principale proposto dall'A.N.A.S. S.p.A. e su quello incidentale spiegato dalla Alpes Costruzioni s.r.l. avverso la ricordata sentenza n. 460 del 19 aprile 2000 del Tribunale amministrativo regionale della Sardegna, accoglieva sia il primo, sostenendo che effettivamente le società di intermediazione finanziaria non erano legittimate al rilascio di fideiussioni per la partecipazione a gare per l'appalto di opere pubbliche, sia il secondo, con il quale erano state riproposte le censure sollevate in primo grado e ritenute assorbite, ritenendo

fondato il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, mediante il quale la Alpes Costruzioni s.r.l. aveva sostenuto il proprio diritto ad essere ammesso ad integrare la documentazione esibita.

In effetti il Consiglio di Stato riteneva che, nel caso di specie, la presentazione per la partecipazione alla gara in questione di una fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria costituiva una semplice irregolarità, peraltro imputabile alla stessa amministrazione appaltante (che aveva ingenerato al riguardo col proprio comportamento un ragionevole affidamento), così che doveva ammettersi la possibilità di integrare la documentazione necessaria per la partecipazione alla gara.

A seguito di tale decisione, con ricorso notificato il 22 ottobre 2002 la società Alpes Costruzioni s.r.l. chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, ai sensi e per gli effetti degli articoli 6 e seguenti della legge n. 205 del 2000, nonché degli articoli 33, comma 2, lett. d), e 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, la condanna dell'A.N.A.S. S.p.A. al risarcimento del danno ingiusto subito a causa della illegittima (in quanto definitivamente accertata dal giudice amministrativo) esclusione dalla gara n. 201A99 e della conseguente aggiudicazione dell'appalto dei relativi lavori alla controinteressati Angius Giuseppe s.a.s..

A sostegno della richiesta la società ricorrente rilevava, per un verso, che le precedenti sentenze erano intervenute

allorquando i lavori oggetto di gara erano già stati affidati ed eseguiti dalla società Angius Giuseppe s.a.s. ed evidenziava, sotto altro profilo, che, risultando la sua offerta la più vantaggiosa, come emergeva dal verbale di verifica della sua offerta, depositata dalla stessa A.N.A.S. nel primo giudizio di primo grado in ottemperanza alla ordinanza istruttoria n. 2 del 12 gennaio 2000, avrebbe dovuto conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in questione.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, con la sentenza n. 1982 del 3 ottobre 2005 ha respinto il ricorso, sostenendo che la regola di diritto enunciata dai giudici di appello con la decisione n. 1927 del 3 aprile 1002, secondo cui il provvedimento di esclusione dalla gara era illegittimo per non aver consentito la regolarizzazione della garanzia prodotta dalla società, non possedeva "un grado di univocità e di immediata riconoscibilità, tale da far considerare colposo il comportamento della stazione appaltante, che non l'ha immediatamente individuata", in relazione al consolidato indirizzo giurisprudenziale che consente la possibilità di integrare le sole offerte incomplete o irregolari e non anche quelle concernenti la prova del possesso di un requisito, non ritualmente dimostrato.

Avverso tale pronuncia ha proposto appello la Alpes Costruzioni s.r.l., chiedendone la riforma alla stregua di un unico articolato motivo di gravame, rubricato "Violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2056, 1173, 1175, 1223,

1226, 1337, 2727 e 2729 del Codice Civile; violazione e falsa applicazione dell'art. 24, 97 e 111 della Costituzione; violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 4 e 6 della L. 241/90 e del principio comunitario del legittimo affidamento; violazione e falsa applicazione degli artt. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e 35 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge 32 luglio 2000, n. 205, nonché dell'art. 112 C.P.C. e del giudicato di cui alla decisione del Consiglio di Stato n. 1927/2001”.

Secondo l'appellante, posto che non poteva dubitarsi dell'avvenuta declaratoria di illegittimità, del provvedimento recante la sua esclusione dalla gara n. 201A99 (e della conseguente aggiudicazione dell'appalto dei relativi lavori alla società Angius Giuseppe s.a.s.), non poteva neppure dubitarsi che tale illegittimità fosse ascrivibile a colpa dell'amministrazione appaltante, come del resto avevano inequivocamente precisato i giudici di appello (che specificamente nella decisione n. 1927 del 3 aprile 2001 aveva ricondotto l'errore compiuto dalla società Alpes Costruzione s.r.l. nel presentare una fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria all'affidamento ingenerato dalla stessa amministrazione appaltante in analoghe procedure di aggiudicazione); erroneamente, pertanto, i primi giudici avevano respinto la richiesta risarcitoria, essendo evidente la negligenza del comportamento dell'amministrazione appaltante e la violazione dei basilari principi di buona fede,

tanto più che le norme violate non erano né oscure, né complesse, né avevano significati equivoci o contraddittori.

La società appellante ha, quindi, precisato l'ammontare della richiesta risarcitoria, individuandola: a) nelle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta e per la partecipazione alla gara, quantificate, secondo prassi, nella misura dell'1% del valore dell'importo del contratto (€. 325.744,86) ovvero nella maggiore o minor somma ritenuta, anche in via equitativa, di giustizia; b) nel mancato utile derivante dall'esecuzione dell'appalto nella misura di €. 31.952,31, pari al 19% dell'importo a base d'asta al netto del ribasso (ex art. 345 della L. 2248 del 1865, all. F) ovvero nella maggiore o minore somma ritenuta, anche in via equitativa, di giustizia, per un totale complessivo di €. 35.209,76, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

L'A.N.A.S. S.p.A. si è costituita in giudizio, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, di cui ha perciò chiesto il rigetto.

## **DIRITTO**

I. L'appello è fondato e deve essere accolto, nei sensi qui appresso indicati.

I.1. In punto di fatto non è revocabile in dubbio, come emerge dall'attento esame della sentenza n. 406 del 19 aprile 2000 del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna e della decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 1927 del 3 aprile 2001, l'illegittimità del provvedimento con il quale

l'A.N.A.S., Ente Nazionale per le Strade, Compartimento per la viabilità della Sardegna, ebbe ad escludere la società Alpes Costruzioni s.r.l. dalla gara per l'aggiudicazione dei lavori "di distese generali periodiche con conglomerati bituminosi e configurazione delle carreggiate sui tratti della S.S. 131": infatti, secondo i giudici di appello che confermarono con diversa motivazione la sentenza di primo grado, benché la cauzione prestata mediante fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria invece che da una banca o da una società di assicurazione non fosse rispettosa delle disposizioni di cui all'articolo 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, ciò, nel caso di specie, implicava una mera irregolarità della domanda, che ne consentiva l'integrazione anche in ragione del comportamento che la stessa amministrazione appaltante aveva già tenuto in analoghe gare (ritenendo valida proprio la cauzione prestata mediante fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria).

Inoltre, come emerge dalla documentazione versata in atti e non contestata dall'appellata A.N.A.S. S.p.A. ed in particolare dal verbale del 19 gennaio 2000 di verifica dell'offerta della società Alpes Costruzioni s.r.l. (verifica disposta dal Tribunale amministrativo regionale della Sardegna con ordinanza n. 2 del 2000, all'evidente fine di apprezzare la sussistenza dell'interesse a ricorrere della società ricorrente), se non ne fosse stata deliberata



l'esclusione, la predetta società società Alpes Costruzioni S.r.l. si sarebbe resa aggiudicataria dell'appalto dei lavori in questione, essendo la sua offerta la migliore in assoluto con il massimo ribasso offerto pari all'1,910% (la *lex specialis* della gara prevedeva infatti che la gara sarebbe stata aggiudicata con il criterio del massimo ribasso percentuale sull'importo a base d'asta ai sensi dell'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come integrato e integrato dalla legge 18 novembre 1998, n. 415).

Non è stato neppure contestato, poi, che i lavori oggetto dell'appalto contestato siano stati non solo effettivamente aggiudicati ad altra impresa (Angius Giuseppe s.a.s.), ma anche realizzati da quest'ultima, così che l'annullamento della esclusione della gara della società appellante e la sua virtuale posizione di aggiudicataria dei lavori non sono in grado di produrre in suo favore alcun effetto utile.

I.2. Ciò posto, considerato che ai fini dell'ammissibilità della domanda risarcitoria conseguente all'annullamento di un provvedimento amministrativo non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento di aggiudicazione, ma deve valutarsi la sussistenza dell'elemento psicologico quanto meno della colpa, in quanto la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione conseguente all'annullamento di provvedimenti illegittimi deve essere inserita nel sistema delineato dall'articolo 2043 C.C. (C.d.S., sez. IV, 29 settembre

2005, n. 5204), occorre verificare se, in concreto, tale elemento sia ravvisabile nel caso di specie.

Deve al riguardo precisarsi, che al fine dell'accertamento dell'elemento soggettivo non deve farsi riferimento all'atteggiamento psicologico dell'agente, quanto piuttosto al funzionamento complessivo dell'apparato pubblico, al fine da verificare se, in concreto, esso sia stato tale coerente con le regole di legalità, imparzialità e buon andamento che devono presiedere, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, all'esercizio della funzione amministrativa, e cioè se, in definitiva, l'attività della pubblica amministrazione che ha dato luogo alla illegittimità del provvedimento sia scusabile ovvero sia coerente con il più generale comportamento di buona fede; al riguardo la giurisprudenza ha affermato in tema di risarcimento che, ferma restando la permanente difficoltà di individuare un "*quid pluris*" rispetto alla stessa illegittimità dell'atto, la colpa dell'amministrazione deve essere valutata tenendo conto dei vizi che inficiano il provvedimento, della gravità delle violazioni imputabili all'amministrazione, anche alla luce del potere discrezionale concretamente esercitato dall'amministrazione, delle condizioni concrete, dell'apporto eventualmente dato dai privati al procedimento (C.d.S., sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43).

Orbene, nel caso di specie, indipendentemente da eventuali specifiche responsabilità personale di determinati funzionari o agenti (che evidentemente ai fini che qui interessa

sono del tutto irrilevanti), giova rilevare che nella decisione n. 1927 del 3 aprile 2001 di questa stessa Sezione il profilo della responsabilità dell'amministrazione, proprio *sub specie* dell'elemento soggettivo della colpa, risulta sufficientemente individuato, essendo stata ricollegata alla mancata possibilità offerta alla società Alpes Costruzioni S.p.A. di regolarizzare la documentazione prodotta, ed in particolare la garanzia prodotta, atteso che l'aver prestata la cauzione mediante fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria invece che da una banca o da una società di assicurazione, era "imputabile...all'Ente appaltante, il quale con il proprio comportamento aveva ingenerato nella società ricorrente la convinzione che la cauzione provvisoria costituita a mezzo di fidejussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria fosse conforme alle prescrizioni del bando di gara".

La correttezza di tali conclusioni, che, per un verso, sono coperte dal giudicato e che, d'altra parte, non sono state neppure idoneamente contestate o confutate dall'amministrazione appaltante, esimono la Sezione da ulteriori indagini intorno all'esistenza dell'elemento soggettivo ai fini della domanda risarcitoria che, pertanto, deve essere considerata ammissibile e fondata.

I.3. In ordine alla determinazione del quantum, in mancanza di una specifica individuazione da parte della società Alpes Costruzioni S.p.A., la Sezione ritiene di dover

condividere quell'indirizzo giurisprudenziale (C.d.S., sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8244; sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302; 24 ottobre 2002, n. 5860), secondo cui in caso di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto già esaurito, il lucro cessante, ovvero sia l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, deve essere risarcito riconoscendo la spettanza nella sua interezza dell'utile di impresa nella misura del 10% qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre nel caso in cui tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con la conseguenza che il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa.

Nel caso di specie, però, il predetto risarcimento deve essere ulteriormente ridotto del 50%, non potendo negarsi il concorso, nella verifica dell'evento dannoso (l'esclusione dalla gara), della stessa società Alpes Costruzioni s.r.l.

Se è vero, infatti, che la produzione di una cauzione prestata mediante fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria invece che da una banca o da una società di assicurazione è stata ritenuta una mera irregolarità

(sanabile in considerazione dell'affidamento ingenerato dalla stessa amministrazione), è altrettanto vero che tale affidamento nel caso di specie non era assoluto, atteso che la disposizione contenuta al riguardo dalla *lex specialis* della gara non prevedeva la documentazione effettivamente prodotta dalla predetta Alpes Costruzioni s.r.l.: in altri termini, l'evento dannoso verificatosi poteva essere evitato ovvero le sue conseguenze potevano essere notevolmente diminuite se la predetta Alpes Costruzioni s.r.l. avesse prestato la ordinaria diligenza nella predisposizione della documentazione necessaria per la partecipazione alla gara, ponendo in essere gli opportuni accorgimenti mediamente esigibili, secondo l'ordinaria diligenza, come – per esempio - quella di accertarsi presso i competenti uffici dell'amministrazione appaltante proprio circa le concrete modalità di prestazione della cauzione (stante il preteso contrasto tra la prassi e le previsioni del bando di gara).

In concreto, pertanto, il risarcimento spettante deve essere riconosciuto nella misura del 2,50% dell'offerta della società Alpes Costruzioni S.r.l.

Sulla somma così individuata spettano gli interessi legali e rivalutazione monetaria decorrenti dal momento dalla notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio.

III. In conclusione, alla stregua delle osservazioni fin qui svolte, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso

proposto in primo grado dalla società Alpes Costruzioni S.r.l., con condanna dell'A.N.A.S. S.p.A. al risarcimento in favore della predetta società Alpes Costruzioni S.r.l. dei danni subiti, nei limiti di cui in motivazione.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

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

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla società Alpes Costruzioni S.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n.1982 del 3 ottobre 2005, così provvede:

- accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla società Alpes Costruzioni s.r.l.;
- condanna l'A.N.A.S. S.p.A. al pagamento del risarcimento dei danni, nei limiti di cui in motivazione;
- condanna l'A.N.A.S. S.p.A. al pagamento in favore della società Costruzioni s.r.l. di  $\frac{1}{4}$  delle spese del doppio grado di giudizio liquidate in complessivi €. 2.000,00 (duemila), compensando interamente i restanti  $\frac{3}{4}$ .

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

Così deciso in Roma, dalla IV Sezione del Consiglio di

Stato, riunito nella Camera di Consiglio del 4 Luglio 2006 con  
l'intervento dei signori:

COSTANTINO SALVATORE - Presidente f.f.

ANNA LEONI - Consigliere

BRUNO MOLLICA - Consigliere

CARLO SALTELLI - Consigliere, est.

EUGENIO MELE - Consigliere

L'ESTENSORE  
Carlo Saltelli

IL PRESIDENTE F.F.  
Costantino Salvatore

IL SEGRETARIO  
Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

**11/10/2006**

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Dott. Antonio Serrao