



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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9904 del 2004, proposto dalla s.r.l. Giuseppe Iorio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi M. D'Angiolella ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Roma, alla via Michele Mercati n. 51;

contro

l'ANAS – Ente Nazionale per le Strade, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitosi nella presente fase del giudizio;

e nei confronti

della impresa Vallelonga Giuseppe, quale capogruppo dell'Associazione temporanea di imprese costituita con la impresa Fristachi Salvatore, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Lilli e Luciano Mastrovincenzo ed elettivamente domiciliato in Roma, al viale America n. 11, presso lo studio dell'avvocato Francesco Lilli;

N. 4840/2007

Reg. Dec.

N.

Reg. Ric. 9904

Anno 2004

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, Sez. I, 9 giugno 2004, n. 1091, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado n. 823 del 2002;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Vista la memoria depositata in data 20 giugno 2007 dall'Ati Vallelonga-Fristachi;

Viste le memorie depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Visto il dispositivo di sentenza n. 398 del 27.06.2007;

Data per letta la relazione del Consigliere di Stato Luigi Maruotti alla udienza del 26 giugno 2007;

Uditi l'avvocato Luigi D'Angiolella per l'appellante e l'avvocato Francesco Lilli per la società appellata;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

1. Con il bando n. 43 del 2 agosto 2001, il Compartimento dell'ANAS dell'Emilia Romagna ha indetto una gara per la realizzazione di cordoli e porta barriere in cemento armato per la tangenziale di Modena.

Nel medesimo bando (il cui secondo lotto ha previsto l'importo base di euro 1.235.508,48), è stato previsto che "l'esclusione dalla procedura di gara del primo classificato o del concorrente che segue in graduatoria oppure di entrambi i concorrenti comporterà la riformulazione della media

aritmetica, la determinazione della nuova soglia di anomalia e la conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

2. Alla gara ha partecipato la società ora appellante, che ha ottenuto l'aggiudicazione provvisoria.

In applicazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, l'ANAS ha chiesto alla medesima società e a quella collocatasi al secondo posto la documentazione attestante il possesso dei requisiti dichiarati.

A seguito della mancata presentazione della documentazione da parte della società collocatasi al secondo posto, l'ANAS ha disposto la revoca della aggiudicazione provvisoria riguardante l'appellante, ha rideterminato la soglia di anomalia ed ha aggiudicato la gara alla associazione temporanea V.G.

3. Col ricorso di primo grado, proposto al TAR per l'Emilia Romagna, la società ora appellante ha impugnato la revoca della aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione in favore nei confronti dell'associazione temporanea V.G., nonché la previsione del bando riguardante la riformulazione della media aritmetica, nel caso di mancata trasmissione della documentazione da parte dell'aggiudicatario provvisorio o del secondo graduato.

A fondamento del ricorso, la società ha lamentato la violazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 e la sussistenza di vari profili di eccesso di potere.

In riforma dell'ordinanza del TAR n. 1834 del 2002, questa Sezione – con l'ordinanza n. 2277 del 2002 – ha accolto la

domanda cautelare formulata dalla società aggiudicataria provvisoria, in ragione dell'ambito di applicazione dell'art. 10 della legge n. 109 del 1994, il quale "prevede la rideterminazione della media solo se entrambi i classificati (1° e 2°) non siano in regola".

Con la sentenza gravata, il TAR ha respinto il ricorso ed ha condannato la società al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio.

4. Col gravame in esame, la società ha lamentato che il TAR – senza tener conto dell'ordinanza del Consiglio di Stato – ha respinto il quarto motivo del ricorso di primo grado, senza rilevare il contrasto della previsione del bando con l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994.

Inoltre, la società ha chiesto il risarcimento dei danni cagionati dall'ANAS con l'emanazione degli atti impugnati in primo grado.

5. Ritiene la Sezione che risultano fondate e vanno accolte le censure con cui l'appellante ha lamentato l'illegittimità della previsione del bando (e degli atti conseguenti), riguardante la rideterminazione della media, per contrasto con l'art. 10, comma 1 quater, ultima parte, della legge n. 109 del 1994 (per il quale, qualora l'aggiudicatario provvisorio e il concorrente che segue in graduatoria *"non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di*

anomalia dell'offerta ed alla conseguente nuova aggiudicazione”).

Tale disposizione ha dato luogo a due opposte letture.

Per un primo orientamento (già affermato dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con l'atto n. 15 del 30 marzo 2000 e seguito dalla Sez. VI di questo Consiglio con la decisione 5 settembre 2005, n. 4512), l'ultima parte del riportato art. 10, comma 1 quater, si applica quando l'aggiudicatario provvisorio o il secondo classificato non comprovi il possesso dei requisiti: basta che uno di essi non dia tale prova, affinché si proceda alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente nuova aggiudicazione.

A tale orientamento è riconducibile la sentenza gravata del TAR per l'Emilia Romagna n. 1091 del 2004, che in sostanza si fonda sulle medesime considerazioni poste a base della richiamata decisione della Sez. V n. 4512 del 2005 (riguardante, peraltro, il diverso caso in cui l'aggiudicatario provvisorio non aveva comprovato il possesso dei requisiti) e cioè:

- la *ratio* della norma, volta a considerare 'inesistente' l'offerta dei soggetti che non abbiano comprovato il requisiti di partecipazione;
- l'esigenza che si evitino pericoli di turbativa che, alterando il calcolo della media, conducano ad aggiudicazioni in favore di imprese predeterminate.

Per un secondo orientamento (affermato da questa Sezione proprio nel corso del primo grado del presente giudizio, con l'ordinanza cautelare 4 giugno 2002, n. 2277), l'ultima parte del riportato art. 10, comma 1 quater, si applica invece quando sia l'aggiudicatario provvisorio che il secondo classificato non comprovino il possesso dei requisiti.

Dopo maturo esame, ritiene la Sezione che vada seguito questo secondo orientamento.

E' decisivo il dato testuale della norma, che adopera la forma plurale, nel senso che *“si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente nuova aggiudicazione”* quando l'aggiudicatario provvisorio e il concorrente che segue in graduatoria *“non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni”*.

Infatti, tra più possibili interpretazioni di una norma, si deve seguire quella più conforme al suo dato letterale.

Il legislatore ha distinto due fasi procedurali:

- la prima è caratterizzata dalla verifica 'a campione' del possesso dei requisiti ed è finalizzata alla identificazione dell'aggiudicatario provvisorio;
- la seconda riguarda la verifica del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che segue in graduatoria e comporta l'attivazione di un eventuale subprocedimento (volto alla determinazione della nuova soglia di anomalia), caratterizzato dalla compresenza degli atti

sanzionatori (che presuppongono distinti comportamenti imputabili sia all'aggiudicatario provvisorio che al concorrente che segue in graduatoria) e della determinazione della nuova soglia di anomalia.

In tale seconda fase, anche per il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, non può ammettersi – per di più in difetto di una norma espressa – che il comportamento del concorrente che segue in graduatoria possa incidere sulla sfera giuridica dell'aggiudicatario provvisorio (specie in considerazione del fatto che, a seguito della avvenuta conoscenza del contenuto delle offerte, la scelta del medesimo concorrente andrebbe a beneficiare un altro, che avrebbe così tutto l'interesse a sollecitare la mancata prova della sussistenza dei requisiti, con una negativa incidenza sul principio del giusto procedimento, di per sé non evitabile unicamente con la possibilità di irrogare la sanzione nei confronti del concorrente secondo graduato).

In altri termini, l'art. 10, comma 1, quater, va inteso nel senso che si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta solo quando entrambi i partecipanti alla gara (classificatasi ai primi due posti nella graduatoria provvisoria) non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, non potendosi ammettere che il comportamento del secondo classificato (di per sé influenzabile da sollecitazioni esterne, miranti alla rideterminazione della

soglia di anomalia) abbia decisivo rilievo per l'aggiudicazione della gara.

6. Per le ragioni che precedono, in accoglimento dell'appello e in riforma della sentenza gravata, va accolto il quarto motivo del ricorso di primo grado.

7. A questo punto, va individuata la rilevanza nel giudizio di tale accoglimento.

L'appellante nel suo gravame non ha chiesto l'annullamento degli atti di gara, bensì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, derivante dalla mancata esecuzione dei lavori, oggetto della gara d'appalto.

Ad avviso del Collegio, tale domanda risulta ammissibile ed è fondata, nei limiti che seguono.

7.1. Quanto alla ammissibilità della domanda, vanno richiamati i principi già enunciati da questo Consiglio, per il quale – in relazione alle gare d'appalto - l'art. 35 del D.L. n. 80 del 1998 ha abrogato la precedente normativa in tema di proponibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice civile, subordinata al previo annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo, ed ha fondato un nuovo sistema di responsabilità per l'illegittimo esercizio del potere pubblico, attribuendo alla giurisdizione amministrativa esclusiva ogni controversia riguardante *“il risarcimento del danno ingiusto”* arrecato all'interesse legittimo di natura pretensiva (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. IV, n. 7912 del 2006; Sez. IV, n. 2136 del 2007).

In materia di appalti, la legge n. 205 del 2000, nel novellare l'art. 35, sul piano della giurisdizione e su quello sostanziale, ha ribadito il potere del giudice amministrativo di disporre l'eventuale risarcimento del danno, "*nell'ambito della sua giurisdizione*", in attuazione del principio per il quale l'interesse legittimo è tutelato in sede giurisdizionale non solo con l'annullamento, ma anche con lo "strumento di tutela ulteriore" del risarcimento (Corte Cost., n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. VI, n. 2136 del 2007).

Il medesimo art. 35 consente al giudice amministrativo di verificare:

- se l'accoglimento della domanda principale di annullamento comporti una tutela pienamente soddisfacente;
- se sia il caso di disporre, anche in alternativa, la condanna ad un risarcimento, qualora il ricorrente non possa conseguire dall'annullamento una piena tutela (in ragione della irreversibile esecuzione dell'atto impugnato) ovvero una effettiva utilità (cfr. Sez. VI, n. 1047 del 2005; Sez. IV, n. 2136 del 2007).

7.2. Nella specie, la stessa appellante (che ha ritualmente e fondatamente impugnato gli atti di gara) ha chiesto il risarcimento dei danni e non anche l'annullamento degli atti lesivi, per la rilevata impossibilità di realizzare i lavori oggetto della gara e di ottenere una piena tutela con la statuizione di annullamento.

Può quindi passarsi all'esame della domanda risarcitoria.

8. Ritiene la Sezione che tale domanda vada accolta nei limiti che seguono, poiché sussistono tutti i presupposti per ravvisare la responsabilità dell'Amministrazione.

8.1. Quanto alla colpevolezza dell'ANAS, oltre alla illegittimità degli atti impugnati in primo grado – contrastanti col dato letterale dell'art. 10, comma 1 quater - è decisivo considerare che l'Ente non ha ritenuto di riesaminare le questioni, malgrado la notifica dell'articolato ricorso originario e l'accoglimento della domanda cautelare nel corso del giudizio di primo grado (disposto da questa Sezione con l'ordinanza 4 giugno 2002, n. 2277, che - in riforma dell'ordinanza del TAR - sulla base di una diffusa motivazione già aveva rimarcato l'illegittimità degli atti negativamente incidenti sull'aggiudicatario provvisorio).

8.2. Per quanto riguarda il *quantum* del danno risarcibile, l'appellante ha richiamato il contenuto di una perizia, che ha quantificato il danno emergente e il lucro cessante, con riferimento al 10% dell'importo di gara.

Ritiene al riguardo la Sezione che il danno vada nella specie liquidato in misura equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze e anche del fatto che l'ANAS – pur non dando esecuzione alla ordinanza cautelare di questa Sezione n. 2277 del 2002 - si è *ab origine* attenuta all'interpretazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, sia pure non

considivibile, fatta propria dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con l'atto n. 15 del 30 marzo 2000.

Pertanto, la Sezione ritiene equo liquidare l'importo di euro 20.000, in favore dell'appellante, per tutti i danni cagionati dagli atti impugnati in primo grado.

9. Per le ragioni che precedono, in accoglimento dell'appello n. 9904 del 2004, il ricorso di primo grado va accolto nella parte in cui ha chiesto il risarcimento del danno e l'ANAS va condannata al pagamento di euro 20.000, in favore dell'appellante.

In ragione delle sopra indicate oscillazioni giurisprudenziali, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) accoglie l'appello n. del 2004 e, in riforma della sentenza gravata n. 1091 del 2004, accoglie il ricorso di primo grado n. 823 del 2002 nei sensi indicati in motivazione e condanna l'ANAS - Ente Nazionale per le Strade al pagamento del risarcimento dei danni, nella misura ivi indicata.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio..

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 26 giugno 2007, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

Costantino Salvatore	Presidente f.f.
Luigi Maruotti	Consigliere estensore
Pier Luigi Lodi	Consigliere
Bruno Mollica	Consigliere
Sandro Aureli	Consigliere

Il Presidente f.f.
Costantino Salvatore

Il Consigliere estensore

Luigi Maruotti

Il Segretario
Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

Il 17/09/2007
(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)
Il Dirigente
Dott. Antonio Serrao