



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7939 del 2009, proposto da:  
Comune di Fossacesia, rappresentato e difeso dall'avv. Diego De Carolis, con  
domicilio eletto presso Mariano Protto in Roma, via E. Duse, 5/G;

***contro***

Impresa Costruzioni Falcione Luigi Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Antonella  
Bosco, con domicilio eletto presso Ida Di Domenica in Roma, via Susa, 1;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA:  
SEZIONE I n. 00222/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del  
T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA: SEZIONE I n.  
00222/2009, resa tra le parti, concernente RISARCIMENTO DANNI PER  
MANCATA ESECUZIONE DI LAVORI PUBBLICI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Impresa Costruzioni Falcione Luigi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2010 il Cons. Gianpiero Paolo Cirillo e uditi per le parti gli avvocati De Monte, per delega dell'Avv. Bosco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.L'Impresa Costruzioni Falcione Luigi ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Fossacesia per l'esecuzione dei lavori di recupero e valorizzazione del complesso monumentale di San Giovanni in Venere, aggiudicata all'impresa D'angelo Nestore-Solisonda Srl

2.Con sentenza del tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, n. 30 del 14 gennaio 2000, passata in giudicato, è stato annullato il provvedimento di aggiudicazione della gara, statuendosi che la gara avrebbe dovuto essere aggiudicata all'impresa Falcione. Con la stessa decisione è stata dichiarata inammissibile la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalla ricorrente, in quanto tale richiesta era contenuta in memoria non notificata.

3. L'impresa interessata è nuovamente insorta dinanzi al tribunale, chiedendo la condanna del Comune al risarcimento dei danni in conseguenza della mancata esecuzione dei predetti lavori, deducendo di avere diritto al risarcimento delle spese sostenute per partecipare alla gara, al risarcimento delle spese legali sostenute e al lucro cessante pari al 10% dell'offerta effettuata, con la rivalutazione monetaria dalla data di ultimazione dei lavori e gli interessi legali.

Il tribunale, dopo aver respinto le eccezioni preliminari sollevate dalla difesa del Comune, ha accolto parzialmente il ricorso, ritenendo che l'impresa avesse diritto soltanto al c.d. lucro cessante in rapporto all'utile che l'impresa avrebbe conseguito a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente assegnata, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi legali.

4. Ha proposto ora appello il comune di Fossacesia, deducendo: violazione e mancata applicazione dell'articolo 2909 del codice civile e 39 del codice di procedura civile; carenza di motivazione in ordine agli elementi probatori ai sensi degli articoli 2043 e 2697 del codice civile; violazione e mancata applicazione dei criteri di valutazione equitativa; violazione e mancata applicazione di ogni norma di principio in materia di credito c.d. “querable” pagabile preso la tesoreria degli enti locali.

5. L'impresa Falcione si è costituita resistendo all'appello.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 26 ottobre 2010.

7. L'appello non è fondato.

7.1. Il collegio, quanto al primo motivo di appello, condivide quanto ritenuto dal giudice di primo grado, ossia che le sentenze meramente processuali non sono idonee a dirimere i conflitti soggettivi di merito con l'efficacia di giudicato. Tali pronunce realizzano una semplice preclusione di rito, che ha valore solo relativamente a quel giudizio e che non è destinata a ripercuotersi in altro processo successivo ( Cons. St., IV, n. 338 18 aprile 1994).Pertanto il ricorso originario è ammissibile, tanto più che la domanda di risarcimento danni era contenuta in una memoria non notificata; e quindi non si era instaurato alcun valido rapporto processuale tra le parti.

7.2. Relativamente al secondo motivo, il collegio rileva che la motivazione della sentenza impugnata si fonda correttamente sulla circostanza che la colpa dell'amministrazione deriva direttamente dal fatto che nella procedura di gara erano state violate precise regole di comportamento, laddove aveva ammesso alla gara imprese che non avevano fornito alcuna indicazione in ordine alla categoria prevalente dei lavori e alla sussistenza di eventuali opere scorporabili; il che ha come conseguenza che i raggruppamenti dovevano essere formati da imprese ciascuna delle quali doveva risultare in possesso dell'iscrizione presso l'A.N.C in tutte e tre le categorie individuate nelle previsioni di bando di gara, così come prescriveva l'articolo 23 del decreto legislativo n. 406 del 19 dicembre 1991.

Come si evince dalla sentenza n.30 del 2000, che ha annullato l'aggiudicazione, la procedura di gara era basata su criteri meccanici ( c.d. gara a risultato garantito), che avrebbe portato sicuramente all' aggiudicazione a favore dell'odierna società appellata.

La pacifica giurisprudenza sul punto e la mancata deduzione da parte del comune appellante di circostanze tali da giustificare il comportamento dell'amministrazione, inducono il collegio a ritenere che la violazione di regole di chiara e pacifica applicazione diventa rilevante non soltanto ai fini dell'annullamento dell'atto ma anche per la configurazione della colpa, che costituisce uno degli elementi integrativi della fattispecie risarcitoria, oggetto del presente giudizio.

7.3. Per quanto concerne il terzo motivo di gravame, il collegio osserva come correttamente il giudice di primo grado si sia attenuto al consolidato orientamento giurisprudenziale, che si intende riconfermare, secondo cui, nell'ipotesi di impresa illegittimamente pretermessa e che sicuramente sarebbe divenuta l'aggiudicataria dell'appalto, va riconosciuto il lucro cessante, rapportato all'utile che l'impresa

avrebbe conseguito ove vi fosse stata l'aggiudicazione in suo favore, da determinarsi in via equitativa nella misura del 10% dell'offerta effettuata dalla ricorrente, comprensiva sia dei costi affrontati dalla società per la presentazione dell'offerta, sia della diminuzione del peso imprenditoriale della società per omessa acquisizione dell'appalto, tenendo conto della mancata dimostrazione da parte della ricorrente di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze.

In tali casi la quantificazione deve necessariamente fondarsi sul criterio equitativo e presuntivo, non potendosi a fornire principi di prova diversi da quelli, fondamentali, dell'offerta effettuata nella procedura di gara e dal fatto di esercitare professionalmente attività d'impresa.

7.4. Quanto all'ultimo motivo, il collegio osserva come la sentenza abbia fatto corretta applicazione, anche in questo caso, della costante giurisprudenza, secondo cui il risarcimento dei danni da inadempimento contrattuale, cui va ricondotta la fattispecie in esame, costituisca un debito non di valuta ma di valore. Pertanto, deve tenersi conto della svalutazione monetaria intervenuta, senza la necessità di dimostrare il danno maggiore. Sulla somma rivalutata decorrono gli interessi, che non costituiscono una duplicazione risarcitoria, atteso che la rivalutazione e gli interessi adempiono funzioni diverse.

E' appena il caso di osservare che le modalità di pagamento, da effettuarsi presso la tesoreria comunale, non hanno alcuna rilevanza ai fini della decorrenza degli interessi.

7.5. In conclusione l'appello va rigettato e la sentenza va interamente confermata.

8. Sussistono giuste ragioni per la compensazione delle spese del grado del giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere, Estensore

Aldo Scola, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/12/2010

IL SEGRETARIO

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