



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 in appello numero di registro generale 3944 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Centro regionale Sant'Alessio - Margherita di Savoia per i ciechi in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio D'Aloia, con domicilio eletto presso lo studio Graziadei e associati in Roma, via Antonio Gramsci n. 54;

contro

Società Partecipazione cooperativa sociale s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Campione, con domicilio eletto presso Corrado Pascasio in Roma, via Vincenzo Picardi n. 4;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio, sede di Roma,

Sezione III ter, n. 00870/2009, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO SERVIZIO DI ASSISTENZA UTENTI NON
VEDENTI

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Partecipazione
cooperativa sociale s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 aprile 2012 il cons.
Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Antonio D'Aloia e
Pascasio, in dichiarata sostituzione dell'avv. Franco Campione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, sede di Roma, rubricato al n. 1241/07, la Società partecipazione sociale s.r.l. chiedeva il riconoscimento del suo diritto al risarcimento del danno conseguente all'aggiudicazione, in favore di altro imprenditore, della gara di appalto per il servizio di assistenza presso due sedi di servizio del Centro regionale Sant'Alessio – Margherita di Savoia, nella quale aveva presentato la seconda migliore offerta, gara annullata dallo stesso Tribunale amministrativo con sentenza 26 febbraio 2002, n. 1316, confermata dal Consiglio di Stato con dispositivo 31 maggio 2006, n. 358.

La ricorrente esponeva di non avere potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, rimasti disponibili, per l'espletamento di altri servizi e di non avere potuto far valere, in successive contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione delle prestazioni relative al contratto di cui si tratta, chiedendo quindi il danno per mancato guadagno o lucro cessante nella misura minima del 20% dell'importo di gara, tenuto anche conto del periodo di eventuale proseguimento del rapporto oltre il sessennio, e la perdita di "chance" nella misura del 3% del prezzo offerto in sede di aggiudicazione, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi su tutte le somme dovute dal 13 settembre 1993 al soddisfo.

Con la sentenza in epigrafe, 29 gennaio 2009, n. 870, il Tribunale amministrativo del Lazio, sede di Roma, Sezione III ter, accoglieva in parte il ricorso, ordinando all'istituto soccombente di proporre all'avente diritto il pagamento di una somma quantificata nel 10% dell'importo offerto da quest'ultima, ridotta al 5% qualora la stessa non dimostri di non avere potuto utilizzare mezzi e maestranze per altri servizi, commisurata al periodo contrattuale di tre anni, con rivalutazione monetaria ed interessi, e respingendo le ulteriori pretese.

2. Avverso la predetta sentenza il Centro regionale Sant'Alessio - Margherita di Savoia per i ciechi propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 3944/09, con il quale contesta le argomentazioni che ne costituiscono il presupposto e chiede la sua

riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado.

Con separato atto l'appellante chiede la sospensione della sentenza di primo grado.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 5213 in data 30 novembre 2011.

Si è costituita in giudizio la Società Partecipazione cooperativa sociale s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 24 aprile 2012.

3a. L'appellante sostiene la necessità di definire l'esatto ambito del presente giudizio d'appello in quanto l'appellata vi avrebbe introdotto ragioni di danno non dedotte in primo grado.

Osserva al riguardo il Collegio che l'appellata non ha proposto appello incidentale, chiedendo la riforma della sentenza gravata al fine di ottenere un risarcimento più ampio di quello riconosciuto in primo grado, ma si è limitata ad evidenziare, in memoria, profili di danno conseguenti alla mancata esecuzione della pronuncia.

L'ambito di cognizione del presente grado del giudizio è quindi limitato all'esame delle contestazioni mosse dall'appellante all'operato del primo giudice.

3b. Al riguardo, l'appellante sostiene che il primo giudice ha errato nell'attribuire a sua colpa il danno provocato all'odierna appellata.

L'odierna appellante ha ritenuto di dover ammettere alla gara l'impresa poi risultata aggiudicataria nonostante la mancata

produzione del bilancio, richiesto dal bando di gara, in quanto l'aggiudicataria aveva prodotto la relazione del consiglio di amministrazione.

L'odierna appellante ha infatti ritenuto tale documento equivalente a quello espressamente richiesto dal bando in quanto da esso si possono ricavare, a suo avviso, gli stessi elementi ricavabili dal bilancio.

L'appellante sostiene di avere fatto applicazione del principio del "*favor participationis*" e che l'incertezza circa il limite di applicabilità del principio esclude la colpa.

La tesi non è condivisibile.

Il ragionamento appare in contrasto con l'affermazione espressa dalla Corte di giustizia della Comunità europea, Sezione III, nella sentenza 30 settembre 2010 in causa C- 314, secondo la quale la direttiva 89/665 osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere il risarcimento, conseguente alla violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sia prevista l'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, il difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.

Pertanto, nel caso di specie è superflua la discussione circa i termini

nei quali il principio affermato dalla Corte di giustizia deve essere applicato in quanto l'argomentazione proposta dall'appellante non può essere condivisa nemmeno applicando i più ristretti canoni elaborati in precedenza dalla giurisprudenza nazionale (fra le tante C. di S., IV, 11 ottobre 2006, n. 6059).

La relazione del consiglio di amministrazione ha infatti lo scopo sostanziale di riassumere i dati contenuti del bilancio per cui per definizione il suo contenuto è sommario e privo quanto meno di alcuni dei dati forniti dal documento contabile.

La disciplina dettata dal bando di gara teneva conto di tale dato di fatto e di conseguenza imponeva alle imprese aspiranti alla stipula del contratto di dimostrare la propria affidabilità mediante la produzione del bilancio, senza prevedere equivalenti.

La stazione appaltante non poteva quindi disapplicare la normativa di gara senza ledere ingiustificatamente la parità di condizioni fra i partecipanti.

Atteso che l'appellante ha violato una norma di univoco significato, da lei stessa stabilita, l'argomentazione proposta nel presente grado del giudizio deve in conclusione essere disattesa.

3c. L'appellante censura poi la sentenza di primo grado nella parte in cui allo scopo di determinare la misura del risarcimento ammette l'odierna appellata a dimostrare di non avere potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi lasciati disponibili.

Neanche tale doglianza può essere condivisa.

Il primo giudice non ha dato come accertata in giudizio la mancata utilizzazione delle suddette risorse da parte dell'appellata.

Il primo giudice ha infatti demandato alla stessa appellante il relativo accertamento, da espletare in sede di formulazione della proposta di risarcimento.

La questione è quindi, allo stato, demandata alla stessa appellante, fermo restando che le sue determinazioni potranno essere sottoposte al controllo del giudice dell'ottemperanza.

Essa quindi non ha interesse a contestare la sentenza di primo grado sotto il profilo appena esposto.

4. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

Le spese del grado, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 3944/09, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore della parte appellata, di spese ed onorari del presente grado del giudizio, liquidandole in complessivi € 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2012

IL SEGRETARIO

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