



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1003 del 2010, proposto da:

Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC), in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandatario delle imprese – pure ricorrenti - CO.E.STRA. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., Varvarito Lavori S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., Coopsette Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., e C.M.S.A. Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso l'avv. Alberto Bianchi in Firenze, via Palestro, n. 3;

contro

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Grassi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, corso Italia, n. 2; Italferr s.p.a.;

per la condanna

di Rete Ferroviaria Italiana spa e Italferr spa al risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori per l'adeguamento idraulico del torrente Mugnone.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con l'atto introduttivo del giudizio le società ricorrenti espongono di aver preso parte, in RTI, alla gara indetta da Italferr s.p.a. in nome e per conto di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per l'adeguamento idraulico del torrente Mugnone, di essersi classificate al terzo posto, ma di essere state tuttavia escluse, in uno con le due prime graduate, per anomalia dell'offerta, con il risultato che l'appalto era stato aggiudicato alla quarta classificata. Le ricorrenti espongono quindi di aver gravato gli esiti della gara dinanzi al

TAR della Toscana, così come ha fatto anche la prima classificata PAC s.p.a., ma che entrambe le impugnazioni, riunite, sono state respinte con sentenza di questo Tribunale n. 5595 del 2006. Tale sentenza è stata appellata da entrambe le soccombenti e il Consiglio di Stato, con sentenza della VI Sezione n. 2449 del 2008 ha respinto l'appello della PAC s.p.a. (confermando la correttezza della sua esclusione dalla gara) e accolto quello delle odierne ricorrenti, accertando la illegittimità della loro esclusione dalla gara e affermando che, in difetto di impugnazione della seconda graduata, all'ATI composta dalle odierne ricorrenti sarebbe spettata l'aggiudicazione della procedura. Nell'analizzare il contenuto della richiamata sentenza di appello le ricorrenti evidenziano come il Consiglio di Stato abbia sì escluso di poter conoscere del risarcimento del danno, aspetto non coinvolto dagli atti di appello, ma rilevano che il giudice di secondo grado ha espressamente affermato l'obbligo di RFI di dare attuazione al giudicato alla luce delle scelte di parte ricorrente e dello stato di esecuzione dell'appalto.

2 - Tanto premesso, dopo aver esposto che i tentativi di subentro nel contratto sono risultati vani, le ricorrenti avanzano con il ricorso in esame azione di risarcimento del danno, consequenziale alla sentenza di annullamento del Consiglio di Stato sopra richiamata, e richiedono la condanna in solido di RFI s.p.a. e Italferr s.p.a. al pagamento di € 1.888.096,72 oltre interessi e rivalutazione, somma così articolata: € 33.368,80 a titolo di spese di partecipazione alla gara, € 431.738,40 a titolo di utile effettivo conseguibile con l'esecuzione del contratto, € 948.659,60 a titolo di danno curriculare, € 474.329,84 a titolo di immobilizzazione di risorse umane e mezzi tecnici.

3 - Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., che ha mosso anche numerose eccezioni preliminari.

In primo luogo viene eccepita la inammissibilità del ricorso per violazione del giudicato formatosi sulla sentenza di questo Tribunale n. 5595/06: tale sentenza infatti respinse l'azione risarcitoria proposta e siccome tale capo di sentenza non è stato appellato, né la domanda risarcitoria è stata riproposta in appello, si è formato il giudicato sul rigetto della pretesa risarcitoria che non può essere qui riproposta.

In secondo luogo RFI eccepisce la inammissibilità del ricorso perché, ove la pretesa risarcitoria fosse da intendere come fondata sulla sentenza del Consiglio di Stato, la stessa era da proporre con ricorso per ottemperanza (dinanzi allo stesso Consiglio di Stato) e non in via autonoma.

Nel merito la resistente evidenzia come la domanda risarcitoria azionata debba essere respinta per difetto del requisito della colpa, poiché il giudizio di anomalia dell'offerta della ricorrente era legato alla problematica della possibilità di riutilizzo dei materiali di scavo, che è questione di alta incertezza, essendo legata alla qualità del materiale stesso, non conoscibile a priori.

Sulle singole poste di danno RFI s.p.a. evidenzia che non spettano i costi di partecipazione alla gara, dovendo gli stessi essere sostenuti anche in ipotesi di aggiudicazione della gara; contesta la quantificazione dell'utile effettivo; contesta il danno curriculare, evidenziando che nessun decremento nella qualificazione posseduta ai fini SOA è stato subito dalle ricorrenti; contesta infine la spettanza del danno da immobilizzazione della maestranze e dei mezzi.

4 - La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del giorno 7 novembre 2012 ove, sentiti i difensori delle parti, come da verbale, la stessa è stata quindi trattenuta dal Collegio per la decisione.

5 - L'esame del merito della pretesa avanzata in ricorso deve essere preceduto dallo scrutinio delle eccezioni sollevate da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. In primo luogo la resistente eccepisce che in punto di pretesa risarcitoria, che è l'oggetto del presente giudizio, si è formato giudicato, avendo il Consiglio di Stato evidenziato, nella richiamata sentenza n. 2449 del 2008, di non potere estendere la propria cognizione agli "aspetti risarcitori" perché "non devoluti a questo giudice con il ricorso in appello". Parte resistente ne fa discendere la inammissibilità della

domanda giudiziaria qui avanzata, poiché il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

L'eccezione è infondata.

Ad avviso del Collegio è infatti necessario rilevare come il giudicato invocato da parte resistente si è formato sulla domanda risarcitoria proposta nel giudizio avverso gli atti di svolgimento della gara, quale strumento alternativo alla tutela reale consistente nell'aggiudicazione della gara e nel conseguente svolgimento del rapporto contrattuale; il primo giudice aveva respinto sia la domanda di tutela caducatoria che la domanda risarcitoria, mentre il giudice d'appello ha riconosciuto fondata la pretesa all'aggiudicazione della gara ma ha respinto la domanda risarcitoria per mancata impugnazione sul punto del pronunciamento di primo grado. Ritiene il Collegio che parte ricorrente, nella presente sede, non riproponga la domanda risarcitoria già coperta da giudicato, venendo qui in considerazione la domanda di risarcimento del danno avente come diverso presupposto la inottemperanza da parte della stazione appaltante al giudicato formatosi a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato. Già prima dell'emanazione del Codice del processo amministrativo la giurisprudenza amministrativa riteneva che fosse possibile agire per i danni "che si sono verificati successivamente alla formazione del giudicato e proprio a causa del ritardo nella esecuzione della sentenza" o per la sua inesecuzione (Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n.849; id. 21 giugno 2006, n. 3690). Tale orientamento ha poi trovato consacrazione nelle norme codicistiche, poiché il comma terzo dell'art. 112 c.p.a. ha stabilito chiaramente che è consentito proporre, non solo "l'azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza", ma anche azione di risarcimento per gli eventuali pregiudizi derivanti "dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato" (così nel testo originario, poi modificato dall'art. 1 del D.L. n. 195/2011, che fa riferimento al "risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione"). Nella specie viene azionata una domanda di danni da mancata esecuzione del giudicato, che è diversa e distinta da quella già esaminata in sede giudiziaria e non risulta quindi coperta da giudicato.

6 – Deve quindi essere esaminata la seconda eccezione proposta da RFI, quella secondo cui la sopra descritta azione per i danni correlati alla mancata esecuzione del giudicato avrebbe dovuto essere avanzata con giudizio di ottemperanza, e quindi, nel caso che ci occupa, dinanzi al Consiglio di Stato, non potendo essere proposta con autonomo giudizio di cognizione.

L'eccezione è infondata.

Rileva il Collegio che prima del Codice un consolidato orientamento giurisprudenziale riteneva che non fosse possibile proporre l'azione risarcitoria seguendo il rito camerale del giudizio di ottemperanza, non essendo ivi ammissibili domande che non fossero state già fatte oggetto di valutazione in seno alla sentenza da eseguire (Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2009, n. 3269; id. 8 settembre 2008, n. 4276; id. 12 aprile 2007, n. 1719 ove si legge che "la domanda di risarcimento del danno non può essere richiesta nella sede del giudizio di ottemperanza, essendo necessario un apposito giudizio cognitorio, destinato ad accertare i presupposti del diritto al risarcimento"). Con il Codice tale orientamento è superato, essendo espressamente prevista dal comma terzo dell'art. 112 la proposizione della richiamata azione risarcitoria, conseguente alla mancata esecuzione del giudicato, in sede di ottemperanza. Tuttavia nel caso di specie il ricorso in esame è stata radicato prima dell'entrata in vigore del Codice, essendo la relativa notificazione del giugno 2010, così che l'azione risarcitoria avanzata con autonomo giudizio cognitorio appare ben radicata, alla luce dei pregressi orientamenti della giurisprudenza.

7 – Parte ricorrente con il ricorso in esame chiede al Tribunale adito la dichiarazione dell'obbligo "della stazione appaltante di provvedere alla residuale tutela risarcitoria, non essendo più oggettivamente possibile il soddisfacimento dell'interesse pretensivo in forma specifica". Come risulta dalle precedenti considerazioni, tale

domanda può risultare ammissibile nel presente giudizio solo in quanto letta come domanda risarcitoria da inesecuzione del giudicato, imponendo quindi di esaminare l'esatta portata della sentenza del Consiglio di Stato dalla cui inesecuzione deriva la domanda di danni.

Nella più volte richiamata pronuncia n. 2449 del 2008 il Consiglio di Stato si trova di fronte ad una singolare situazione in fatto e giunge alle seguenti conclusioni: a) accerta che all'ATI guidata dal Consorzio Cooperative Costruzioni spettava l'aggiudicazione della gara; b) evidenzia di non potersi pronunciare sulla sorte del contratto *medio tempore* stipulato con l'originaria aggiudicataria, perché profilo estraneo alla domanda di primo grado; c) rileva di non potersi pronunciare su profili risarcitori, perché non devoluti al giudice d'appello; d) evidenzia che la stazione appaltante dovrà "comunque" dare attuazione al giudicato. L'ultimo passaggio della evocata sentenza merita di essere riportato integralmente, stante la sua centralità nella presente controversia: afferma il giudice d'appello che "RFI s.p.a. dovrà comunque dare attuazione al giudicato alla luce delle scelte della parte ricorrente (cfr. Cons. Stato, VI, n. 213/2008) e dello stato di esecuzione dell'appalto". Nel richiamato precedente (sentenza n. 213 del 2008) il Consiglio di Stato ha affermato che spetta al ricorrente la scelta tra tutela demolitorio-conformativa e tutela risarcitoria nel caso in cui "il bene della vita controverso è ormai conseguibile solo in parte" e chiosa, sul punto, che "mentre l'interesse originario dell'impresa è indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, quale identificato nel bando di gara, la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata introduce, invece, condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi, che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia con riguardo sia al diverso impegno di mezzi ed attrezzature, sia al mutato livello di remunerazione che ne può conseguire in relazione all'offerta presentata in sede di gara" e conclude infine che "la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale, del giudicato deriva anche dall'applicazione del principio di carattere generale, desumibile dall'art. 1181 c.c., secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto all'originaria configurazione del rapporto obbligatorio (ad un adempimento parziale è equiparabile la possibilità di consentire l'esecuzione solo parziale del contratto)".

La lettura della sentenza da cui sorgerebbe il diritto al risarcimento del danno qui azionato consente di evidenziare quanto segue:

- il Consiglio di Stato si pronuncia in una situazione di fatto nella quale non risultava possibile, stanti le scelte difensive dell'odierna ricorrente, né la condanna per equivalente al risarcimento del danno né la pronuncia del subentro;
- il Consiglio di Stato statuisce che "comunque" la stazione appaltante dovrà dare esecuzione al giudicato e pone quindi le basi per una esecuzione in forma specifica della sua pronuncia, attraverso l'esperimento del giudizio di ottemperanza che avrebbe senz'altro consentito a parte ricorrente di conseguire il bene della vita cui aspirava;
- anche attraverso il richiamo al proprio precedente (sentenza n. 213 del 2008) il Consiglio di Stato non preclude del tutto una via risarcitoria, in alternativa alla esecuzione in forma specifica della sentenza, per l'ipotesi in cui parte ricorrente potesse non avere più interesse allo svolgimento del rapporto contrattuale, stante la modificazione delle condizioni di fatto correlata ad una significativa già intervenuta esecuzione del contratto.

Dopo la sentenza n. 2449 del 2008 (il cui dispositivo risulta depositato in data 18 marzo 2008, mentre la sentenza è stata poi depositata il successivo 22 maggio 2008) risulta che le ricorrenti abbiano in data 11 aprile 2008 chiesto l'esecuzione della sentenza (sulla base del dispositivo, non essendo ancora la sentenza stata depositata); dopo di che è documentata la richiesta stragiudiziale di risarcimento del danno del 26 febbraio 2010; con il ricorso depositato in data 17 giugno 2010 si chiede poi il risarcimento in via giudiziaria "non essendo più oggettivamente possibile il soddisfacimento dell'interesse pretensivo in forma specifica".

8 - Ritene il Collegio che, alla luce della complessa situazione di fatto sopra descritta, l'azionata domanda risarcitoria non possa trovare accoglimento, sulla base dei seguenti motivi.

In primo luogo le società ricorrenti non hanno percorso in modo pieno e convincente la strada indicata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2449 del 2008. A fronte della preclusione della via risarcitoria il giudice d'appello indicava alle ricorrenti la via maestra della tutela reale, consistente nell'ottenimento dell'aggiudicazione della procedura. Le ricorrenti hanno posto in essere un atto di diffida a ridosso del deposito del dispositivo della sentenza, non risultando documentata ulteriore attività sollecitatoria e soprattutto non risultando che esse abbiano attivato il giudizio di ottemperanza dinanzi al Consiglio di Stato per ottenere, in via esecutiva, l'aggiudicazione. Si trattava di azionare uno strumento di tutela che avrebbe senz'altro consentito il soddisfacimento della loro pretesa escludendo il danno qui domandato. Ciò secondo quanto prevede il secondo periodo del comma terzo dell'art. 30 c.p.a. a mente del quale il giudice "esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti". È vero che, anche in questo caso, si tratta di norma entrata in vigore dopo la proposizione del ricorso, ma l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella nota sentenza n. 3 del 2011, ha chiarito che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con la diligente utilizzazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, contenuta nell'art. 30 cit., è ricognitiva di principi già evincibili dall'art. 1227 del codice civile ed è quindi applicabile anche alle azioni risarcitorie proposte prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo. D'altra parte che la tutela risarcitoria, in ambito contrattuale, sia condizionata dal preliminare sforzo del concorrente di ottenere l'aggiudicazione risulta anche dalla disciplina di cui all'art. 124 del Codice.

In secondo luogo le ricorrenti non hanno in alcun modo provato che il loro mancato perseguimento della tutela conformativa in favore di quella risarcitoria sia legato ad un interesse non più sussistente alla esecuzione del rapporto negoziale, in forza dello stato della esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante con l'originario aggiudicatario. Anzi dalla documentazione versata in atti sembrerebbe ricavarsi l'opposto, se si tiene conto che la sentenza del Consiglio di Stato è stata depositata nel maggio 2008 e risulta che al gennaio 2008, quanto a lavori, si era ancora a livello di "cantierizzazione delle aree oggetto dei lavori" e di "interventi di bonifica da ordigni bellici inesplosi" (cfr. relazione del direttore dei lavori del 7 gennaio 2008, doc. 1 del deposito di RFI del 27 settembre 2012), sicché vi era la concreta possibilità di un subentro quasi integrale nella esecuzione dei lavori medesimi.

9 – Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere respinto, sussistendo tuttavia giustificati motivi, alla luce della complessità della materia trattata, per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente FF

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

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