

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 185 del 2011, proposto da:

New Energy Group Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Emilio Amoroso, con domicilio eletto presso Nunzio Currao in Catania, via Canfora, n. 149;

contro

Urega – Sezione Provinciale di Siracusa, Assessorato Regionale Infrastrutture e Mobilità, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania, domiciliata per legge in Catania, via Vecchia Ognina, n. 149;

Comune di Canicattini Bagni, Side S.r.l., non costituiti;

Consorzio Valori Scarl, rappresentato e difeso dagli avv. Arturo Cancrini, Claudio De Porta, Francesco Mollica, Bonaventura Lo Duca, con domicilio eletto presso Bonaventura Lo Duca, in Catania, Milano, 89;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

1. Dei verbali di gara terminati il 10/12/2010, contenenti anche la proposta di aggiudicazione relativa all'appalto dei lavori di adeguamento alle norme CEI dell'impianto di pubblica illuminazione – II Lotto – CIG 04966329AE CUI 1920I000125 CUP J98D09000000004 per l'importo complessivo di € 1.805.000,00 compresi oneri per la sicurezza, nella parte in cui la Commissione di gara dell'UREGA ha illegittimamente ammesso a concorrere il Consorzio Valori Scarl, che ha designato per l'esecuzione la consorziata SIDE srl, e gli ha aggiudicato i lavori;
2. dei medesimi verbali, ed in specie di quello del 25/11/2010, nella parte in cui la Commissione di gara dell'UREGA ha riammesso il Consorzio Valori dopo averlo escluso nella seduta del 10/11/2010;
3. del bando di gara e dell'allegato disciplinare per quanto di interesse, ed in particolare delle disposizioni disciplinanti la dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, anche sotto il profilo delle posizioni dei soggetti cessati dalle cariche, di quelle riguardanti la dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione dei Consorzi stabili, degli obblighi documentali gravanti sui Consorzi costituiti, ove fossero interpretate ed intese difformemente dalle previsioni della lex specialis e di quella primaria, ed in senso contrario a quello propugnato con il presente ricorso;

3. di ogni altro atto e provvedimento presupposto e/o consequenziale e/o comunque agli stessi connesso, ancorché non conosciuto, che possa frapponersi al diritto fatto valere dalla ricorrente, ivi inclusi l'eventuale provvedimento di approvazione degli atti di gara con l'eventuale aggiudicazione definitiva – sia nei termini di provvedimento espresso di estremi ignoti, sia pure di provvedimento tacito di aggiudicazione – allo stato sconosciuto – e/o il contratto d'appalto stipulato, il bando di gara con allegato disciplinare ed il bando tipo regionale, ove siano interpretati in senso difforme a quello previsto dalla legge vigente e propugnato con il presente atto, nonché dell'eventuale aggiudicazione definitiva ove intervenuta espressamente;

4. del provvedimento pubblicato sul sito internet del Comune di Canicattini Bagni in data 16/12/2010, a firma del Responsabile del procedimento, contenente esito di gara;

5. della nota del Comune di Canicattini Bagni, Ufficio Tecnico Comunale, in data 21/12/2010, con la quale è stata comunicata al Consorzio ed alla designata l'aggiudicazione provvisoria dei lavori, con relativa richiesta di documentazione;

6. della Nota del Comune di Canicattini Bagni, Ufficio Tecnico, a firma congiunta del Responsabile del Procedimento e del responsabile Settore Tecnico, in data 11/01/2011, con la quale è stata disattesa l'informativa ex art. 243 bis del DLGS 163/2006 inoltrata dalla ricorrente in data 30/12/2010, confermandosi l'affidamento dei lavori al Consorzio Valori Scarl, come aggiudicato dall'UREGA di Siracusa;

e per l'accertamento e la declaratoria

dell'inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione ed a subentrare nel contratto medesimo, nonché del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, con condanna del Comune di Canicattini Bagni, in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento delle relative somme con interessi legali e rivalutazione da quantificarsi secondo gli ordinari criteri fissati dalla giurisprudenza amministrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Urega – Sezione Provinciale di Siracusa, dell'Assessorato Regionale Infrastrutture e Mobilità, e del Consorzio Valori Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2011 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato nelle forme di legge il Comune di Canicattini Bagni ha indetto pubblico incanto per l'esecuzione dei lavori di realizzazione opere di urbanizzazione primaria e servizi tecnologici in zona PEEP – IX Comparto nel Comune di Paternò, per l'importo complessivo di € 1.372.532,37 compresi oneri per la sicurezza.

Celebrata la gara, l'UREGA di Catania, deputato all'espletamento della procedura, nella seduta del 10/12/2010, previa individuazione delle offerte ammesse e contestuale determinazione della media, ha aggiudicato i lavori, per effetto del sorteggio tra i concorrenti che avevano espresso lo stesso ribasso del 7,3152%, al Consorzio Valori Scarl, il quale aveva designato per l'esecuzione la consorziata SIDE srl.

Seconda in graduatoria è risultata la ricorrente, alla quale il verbale di gara è stato comunicato in data 21/12/2010.

Con ricorso notificato il 15.01.2011, depositato il successivo 20.01, la ricorrente ha impugnato tutti gli atti di gara.

Alla pubblica udienza del 26.10.2011 la causa è stata posta in decisione nel merito.

DIRITTO

Nonostante con ordinanza n. 211 dell'11.02.2011 questa Sezione abbia rigettato l'istanza cautelare proprio in base alla ritenuta infondatezza del ricorso, tuttavia, dopo aver riesaminato, con particolare riferimento al I motivo di ricorso, le ragioni che militano a favore della tesi sostenuta dalla ricorrente – peraltro già fatta propria in altra circostanza da questa Sezione, ma non sempre accolta in giurisprudenza – il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato, e pertanto meritevole di accoglimento.

Con il I motivo di ricorso, la ricorrente fa valere violazione e falsa applicazione degli artt. 95, comma 2, e 97, del DPR 554/99, perché il Consorzio controinteressato, nel partecipare alla gara, ha dichiarato di concorrere per la consorziata SIDE srl, che dovrebbe eseguire le opere di appalto pur non possedendo i requisiti minimi previsti dalle norme citate, richiamate dal bando di gara, non possedendo cioè la qualificazione necessaria per eseguire l'appalto in quanto sprovvista della categoria OG10 (prevista dal bando per eseguire le opere come categoria prevalente).

Con sentenza n. 3318 del 30.07.2010 questa Sezione ha già avuto modo di precisare che in ordine alle modalità di qualificazione dei consorzi stabili il citato art. 97, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999, prevede espressamente che “per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione del consorzio alle gare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente, posseduti dalle singole imprese consorziate, vengono sommati”.

Nella stessa ottica, l'art. 20 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 ha disposto che “il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La

qualificazione è acquisita, in riferimento ad una determinata categoria di opera generale o specializzata, per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate...”. Tale disposizione è stata poi riprodotta nel comma 8-ter dell’art. 12 della L. 109/94, introdotto con l’art. 7, comma 1, della L. 1° agosto 2002 n. 166, che, ai fini dell’operatività del cumulo delle qualificazioni, ha eliminato il limite temporale dei “primi cinque anni dalla costituzione” del consorzio.

Poiché l’art. 97, comma 4, nella seconda parte prevede espressamente che “alle singole imprese consorziate si applicano le disposizioni previste per le imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese”, va quindi richiamato l’art. 95, comma 2, del medesimo DPR, il quale dispone che tali imprese devono possedere i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi “ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all’intero raggruppamento.

Ne consegue che l’impresa SIDE srl, indicata per l’esecuzione dei lavori, avrebbe dovuto possedere una qualificazione minima nella categoria OG10 pari, quanto meno, al 10% di quella globalmente richiesta per partecipare alla gara, mentre invece essa è del tutto priva dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando per la categoria OG10.

Come ancora questa Sezione ha già avuto modo di precisare (cfr. sentenza 8 febbraio 2007 n. 223), tale soluzione interpretativa consente di salvaguardare la fondamentale esigenza di far eseguire i lavori ad imprese consorziate adeguatamente qualificate, e quindi in grado di operare con la necessaria competenza tecnica, fornendo idonee garanzie di buona esecuzione all’Ente committente.

E tale esigenza non può essere confusa, da una parte, con la possibilità che ha il Consorzio, come soggetto distinto, di cumulare le qualificazioni delle consorziate al fine di partecipare alla gara, con la diversa esigenza che chi si occuperà in concreto, anche in parte, della esecuzione dell’appalto, sia comunque qualificato a tal fine; e, dall’altra, con l’espressa previsione dell’art. 97, comma 1, del citato D.P.R. 554/99 secondo cui la facoltà, che i consorzi stabili di imprese hanno, di far eseguire i lavori dai consorziati, lascia “ferma la responsabilità sussidiaria e solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante”. Perché anche tale previsione ha una distinta ratio, che non incide in alcun modo sulla necessità, già precisata, che anche i consorziati siano adeguatamente qualificati per le opere che dovranno eseguire (nello stesso senso cfr. anche Cons. St., sez. IV, 21 aprile 2008 n. 1778, secondo cui, a prescindere dal fatto che si tratti di consorzio stabile o ordinario, “è fuori discussione che esso debba dare la dimostrazione, nei modi previsti, del possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengano individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto”; nonché Id., sez. VI, 22 ottobre 2010 n. 7609).

Il seggio di gara avrebbe dovuto quindi procedere all’esclusione del Consorzio Stabile Valori Scarl.

C’è poi da dire che la ricorrente ha chiesto la condanna del Comune intimato al risarcimento del danno in forma specifica, mediante affidamento dell’appalto alla ricorrente e contestuale dichiarazione di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, o, in via subordinata, in forma generica, per equivalente monetario.

Dagli atti di causa risulta che il contratto tra Comune e controinteressata è stato stipulato il 21.02.2011, ma non risulta che nelle more del giudizio è stato anche eseguito, anche perché il Consiglio di Giustizia Amministrativa, con ordinanza n. 402 dell'08.04.2011, ha riformato l'ordinanza con cui questa sezione aveva rigettato l'istanza cautelare.

Oltretutto, il bando di gara, al punto 4, prevedeva per l'esecuzione dei lavori un termine di 730 giorni naturali e consecutivi, decorrenti dalla data di consegna dei lavori.

A tale domanda giudiziale si applica l'art. 124 del citato D.Lgs. 104/2010, relativo alla "tutela in forma specifica e per equivalente", ai sensi del quale "l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile".

Il citato art. 121, relativo alla "inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni", al comma 1 prevede che "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163,

qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.

Le citate previsioni non possono trovare applicazione al caso in esame:

quelle di cui alle lett. a) e b), perché il bando della gara de qua è stato pubblicato;

quella di cui alla lett. c), perché l'art. 11, comma 10, del D.Lgs. 163/2006 (“il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva”) risulta essere stato rispettato, in quanto l'aggiudicazione è stata comunicata in data 21/12/2010, ed il contratto è stato stipulato il 21.02.2011;

quella di cui alla lett. d), in relazione alla previsione del comma 10-ter del citato art. 11 (“se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva”), in quanto il contratto è stato stipulato dopo il rigetto da parte di questa Sezione dell'istanza cautelare; e fermo restando che era comunque decorso il citato termine dilatorio di trentacinque giorni.

Quindi, nel caso in esame, non può che accertarsi la non applicabilità dell'art. 121, comma 1, relativo alle “violazioni gravi” descritte, e, di conseguenza, anche dell'art. 123, relativo alle “sanzioni alternative”, perché per il comma 4 dell'art. 121 tali sanzioni si applicano (solo) nei casi in cui il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata, “nonostante le violazioni” considerate dallo stesso art. 121, cioè, appunto, quelle gravi.

Va però verificata la possibilità di applicare il successivo art. 122, relativo alla “inefficacia del contratto negli altri casi” (cioè quelli che concernono le violazioni “non gravi”, o meno gravi), ai sensi del quale “fuori dei casi indicati dall'art. 121, comma 1, e dall'art. 123, comma 3” (relativo all'applicazione di sanzioni alternative in caso di violazione dei citati termini dilatori), “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”.

In sostanza, la citata disposizione attribuisce innovativamente al giudice il potere di decidere se dichiarare oppure no inefficace il contratto, in base ad una serie di parametri che, seppure oggettivi, sono però da combinare in vario modo tra loro, in relazione alle specifiche e variabili caratteristiche della situazione di fatto di volta in volta in esame.

Infatti, nel prendere tale decisione sulla sorte del contratto in esito all'annullamento dell'aggiudicazione, nell'esercizio di una funzione imparziale e terza che deve però considerare la rilevanza pubblicistica degli interessi perseguiti attraverso il contratto, il giudice deve tenere conto, in particolare:

degli interessi delle parti;

dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati;

e, conseguentemente, dello stato di esecuzione del contratto e della correlata possibilità di subentrare nel contratto, sempreché il vizio dell'aggiudicazione non comporti invece il mero obbligo di rinnovare la gara, e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Ora, con specifico riferimento ai parametri indicati, la ricorrente ha esplicitato che il proprio interesse prioritario era quello di ottenere il risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'affidamento dell'appalto, e solo in via subordinata quello in forma generica, per equivalente; dimostrando oltretutto che se l'impresa controinteressata fosse stata esclusa, l'aggiudicazione avrebbe dovuto essere disposta in proprio favore.

Ed in effetti, come già precisato, nel caso di specie certamente il contratto non è stato eseguito, e tale circostanza consente ovviamente che la ricorrente subentri nell'esecuzione dello stesso contratto, la cui efficacia non ha pertanto motivo di essere mantenuta.

Oltretutto, l'art. 34, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 104/2010, prevede che "in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda,...condanna...all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile".

In conclusione, assorbiti ulteriori motivi di ricorso non esaminati, il ricorso va accolto, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata, e l'obbligo per il Comune di stipulare un nuovo e diverso contratto con la ricorrente.

In considerazione dell'avvenuto rigetto dell'istanza cautelare, nonché delle oscillazioni della giurisprudenza sulla tematica esaminata, sussistono le eccezionali ragioni che consentono la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – sezione staccata di Catania – Sezione Quarta definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Rosalia Messina, Consigliere

Dauno Trebastoni, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/11/2011

IL SEGRETARIO

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