

N. 00628/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01179/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1179 del 2010, proposto da:

Fimeco S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Firenze, via Ricasoli 40;

contro

Inpdap - Istituto Nazionale di Previdenza Per i Dipendenti dell'Amministrazione, rappresentato e difeso dagli avv. Massimiliano Gorgoni, Antonella Micheli, con domicilio eletto presso Ufficio Legale Inpdap in Firenze, via Torta, 14;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della nota prot. n. 911 del 31 marzo 2010 con cui l'INPDAP, Direzione Regionale della Toscana, ha comunicato all'ATI FIMECO Srl - Termica srl la decadenza dall'aggiudicazione definitiva della gara esperita per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria e di adeguamento dei piani inferiori della sede provinciale INPDAP di Pisa sita in Viale Bonaini n. 46, per un importo di € 822.398,45, oltre I.V.A. ed oneri di sicurezza; della determinazione n. 198, del 23 marzo 2010, ivi richiamata, ma mai

notificata, né rilasciata in copia.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Inpdap - Istituto Nazionale di Previdenza Per i Dipendenti dell'Amministrazione;

Viste le memorie difensive;

Visto il ricorso incidentale presentato dall'Inpdap - Istituto Nazionale di Previdenza Per i Dipendenti dell'Amministrazione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2012 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente proponeva innanzi al TAR Lazio un ricorso avverso i provvedimenti indicato in epigrafe con cui era stata dichiarata la decadenza dall'aggiudicazione definitiva di una gara volta all'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria e di adeguamento dei piani inferiori della sede provinciale dell'INPDAP di Pisa.

Il ricorso denuncia nel primo motivo la violazione dell'art. 7 L. 241\90 poiché non era stata data comunicazione dell'avvio del procedimento finalizzato a pronunciare la decadenza dall'aggiudicazione.

Il secondo motivo lamenta la violazione dell'art. 16 bis D.L. 185\2008 convertito in L. 2\2009 poiché l'amministrazione non aveva acquisito di ufficio i DURC la cui mancata produzione aveva provocato la decadenza impugnata.

Il terzo motivo censura la violazione dell'art. 37, comma 19, Codice dei Contratti e dell'art. 94 DPR 554\00 e la falsa applicazione del principio di immutabilità dell'A.T.I.

Il fatto che fosse stata dichiarata fallita la mandante TERMICA s.r.l. non

doveva avere alcuna influenza sull'esito della gara in quanto la mandataria FIMECO s.r.l. è in possesso della qualificazione anche per la categoria OG11 e poteva pertanto eseguire direttamente i lavori di competenza della mandante.

Il principio della immodificabilità dell'A.T.I. ha la funzione di impedire che ditte sulle quali non è stato esercitato il controllo al momento dell'ammissione alla gara possano subentrare ad alcuno dei componenti dell'A.T.I., ma non ha deve essere inteso nel senso di impedire il recesso di uno dei componenti dell'associazione

L'I.N.P.D.A.P. si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso ed eccependo preliminarmente l'incompetenza territoriale inderogabile trattandosi di atto emesso da ente con competenza ultraregionale ma che esplicava i suoi effetti in una sola regione.

Alla camera di consiglio del 1.7.2010 il TAR Lazio accoglieva l'eccezione di incompetenza e ordinava la riassunzione del giudizio innanzi a questo giudice.

L'I.N.P.D.A.P. presentava anche un ricorso incidentale per poter svolgere domanda riconvenzionale nei confronti della ricorrente in relazione ai danni subiti per il comportamento non corretto tenuto nella fase precontrattuale dall'aggiudicataria dell'appalto che non avevano comunicato la cessione di azienda all'ente previdenziale e non avendo poi consentito la sottoscrizione del contratto per mancato rispetto dell'obbligo di consegna del DURC aveva causato un ritardo nell'inizio dei lavori di nove mesi ed aveva costretto l'I.N.P.D.A.P. ad aggiudicare la gara al secondo classificato con aggravio dei costi.

Il ricorso veniva riassunto tempestivamente innanzi al TAR Toscana e l'I.N.P.D.A.P. si costituiva con i nuovi difensori facendo presente di riportarsi alle conclusioni precedentemente esposte anche in relazione al ricorso incidentale che era stato notificato subito dopo la camera di

consiglio innanzi al primo giudice adito.

Alla camera di consiglio del 1.9.2010 veniva respinta la richiesta cautelare per difetto di *fumus boni iuris*.

Veniva poi fissata la discussione del merito all'udienza pubblica del 7.2.2012 nella quale erano presenti i soli difensori dell'amministrazione resistente che concludevano come in atti.

DIRITTO

Vanno esaminati prioritariamente i motivi del ricorso principale.

Il primo motivo non è fondato in quanto la decadenza dall'aggiudicazione non è l'esito di un autonomo procedimento iniziato d'ufficio dalla stazione appaltante, ma la conseguenza del mancato possesso di regolari DURC da parte delle due società che avevano costituito l'A.T.I. ai sensi dell'art. 51 D.lgs. 163\2006 e quindi si tratta di segmento procedimentale ricompreso nell'ambito del più ampio procedimento di gara.

Il secondo motivo di ricorso è innanzitutto frutto di un'imprecisa ricostruzione dei fatti perché, a seguito del ritardo delle due società aggiudicatrici nel presentare il loro DURC, l'amministrazione ha compiuto degli accertamenti di ufficio da cui sono emerse le irregolarità delle posizioni contributive di entrambi le ditte.

In ogni caso la ricorrente non avrebbe potuto dolersi della mancata attivazione dell'accertamento di ufficio poiché a fronte di una situazione irregolare il contratto non poteva comunque essere stipulato.

Il terzo motivo si richiama in modo inconferente al principio di immodificabilità dell'offerta ma non tiene conto che, anche se la FIMECO s.r.l. era in grado di sostituire le prestazioni che avrebbero dovuto essere eseguite dalla TERMICA s.r.l., ciò non era realizzabile per il difetto di una corretta posizione previdenziale da parte della società mandataria a prescindere da ogni considerazione sui limiti del principio sopra riportato.

Il ricorso principale deve essere respinto.

Uguale sorte merita anche il ricorso incidentale.

L'amministrazione evidenzia due voci di danno: la prima consiste nella differenza tra l'importo cui era stato aggiudicato l'appalti in sede di prima aggiudicazione e quello maggiore offerto dalla ditta seconda classificata e la seconda nei danni relativi al ritardo con il quale saranno ultimati i lavori oggetto dell'appalto.

Relativamente a quest'ultima voce il Collegio ritiene che non sia sufficiente indicare il ritardo come danno cagionato, dal momento che bisogna indicare quali maggiori oneri sono scaturiti dal ritardo con cui sono cominciati i lavori, mentre invece sul punto l'indicazione dell'I.N.P.D.A.P. è assolutamente generica e tale da non poter essere presa in considerazione.

E' noto che talvolta non sia possibile quantificare in modo esatto l'entità del danno e ciò consente al giudice di utilizzare i poteri di valutazione equitativa dello stesso ai sensi dell'art. 2056 c.c. che richiama sul punto l'art. 1226 c.c. , ma la valutazione equitativo può riguardare il *quantum debeat* e mai l'*an debeat*, perciò sotto tale profilo la richiesta è infondata.

Sulla prima voce di danno che, invece, è esattamente determinata nel suo importo, il ricorso non può essere accolto perché non sussiste l'evento dannoso.

La mancanza di una situazione di regolarità contributiva a livello previdenziale impediva alla società ricorrente di aggiudicarsi la gara e quindi di poter stipulare il contratto e pertanto mai si sarebbe dovuti giungere ad un'aggiudicazione definitiva poi revocata, ma, dopo i controlli all'esito dell'aggiudicazione provvisoria, preso atto della mancanza di un valido DURC, doveva procedersi all'esclusione dell'A.T.I. dalla gara.

Non può in sostanza imputarsi alla società di non avere i requisiti per aggiudicarsi la gara nonostante avesse presentato l'offerta più conveniente sul piano economico, poiché è la caratteristica stessa della gara di appalto quella di giungere a stipulare un contratto con la ditta che ha presentato la

migliore offerta e nei confronti della quale non vi sono cause di esclusione da far valere.

In conclusione, mentre il ritardo nel comunicare l'esistenza di cause di esclusione costituiva un comportamento negligente censurabile sul piano della responsabilità precontrattuale e poteva condurre al risarcimento di un danno se solo l'amministrazione avesse provato il tipo di danno patrimoniale cagionato, l'aggiudicazione della gara al secondo classificato è la conseguenza delle regole normative e della disciplina del bando e non può essere imputato alla ricorrente.

Il ricorso incidentale non può pertanto essere accolto.

La parziale soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso principale ed il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

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

Angela Radesi, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Ugo De Carlo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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