

N. 01597/2012REG.PROV.COLL.
N. 03483/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 3483 del 2009, proposto da:

Comune di Laureana di Borrello, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino e Antonio Iemma, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Impianti e Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Luciano Mastrovincenzo, con domicilio eletto presso Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita 90;

nei confronti di

Edil Dora di Bruno Romeo, anche nella qualità di capogruppo della costituenda a.t.i. con I.F.E.S. di Cutri Giuseppe Antonio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZIONE STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 00053/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE RETE IDRICA COMUNALE - LOTTO 3

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Impianti e Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2011 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Salvatore, per delega dell'avv. Sanino, e Lilli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Laureana di Borrello ha impugnato la sentenza del TAR Reggio Calabria, indicata per estremi in epigrafe, con la quale, il TAR, in accoglimento parziale del ricorso proposto dalla Impianti e Costruzioni s.r.l., annullava gli atti della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di "Ristrutturazione della rete idrica comunale – 3° lotto" e condannava il Comune di Laureana di Borrello al risarcimento del danno in favore della ricorrente, che quantificava nella misura del 10% dell'importo dell'appalto al netto del ribasso offerto (pari al 25,669%) e condannava l'amministrazione, insieme con la parte privata controinteressata, al pagamento delle spese di giudizio, disponendo la trasmissione degli atti alla Corte dei Conti per le determinazioni di competenza.

2.- Secondo il TAR anche per le costituende associazioni temporanee di imprese sussisterebbe l'obbligo di indicare le rispettive quote di partecipazione al raggruppamento ed i lavori da eseguire; tale obbligo sussisterebbe anche in mancanza di espressa previsione del bando.

Poiché nel caso non era stata rispettata tale previsione dell'ordinamento, il TAR annullava l'aggiudicazione della gara e gli atti presupposti e, in accoglimento della domanda risarcitoria, riconosceva alla ricorrente il danno per equivalente, essendo stati completati i lavori appaltati nelle more del giudizio.

3.- Il Comune appellante assume l'erroneità della sentenza per i seguenti motivi:

1) *error in iudicando*, atteso l'inequivoco tenore dell'art. 37, comma 4, del d. lgv. n. 163 del 2006;

2) omessa pronuncia sull'eccezione formulata in primo grado, secondo cui l'aggiudicataria, Edil Dora di Bruno Romeo, prescindendo dalla qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, da sola possedeva i requisiti speciali di partecipazione prescritti dalla *lex specialis* di gara;

3) perché non sussisterebbero i presupposti del risarcimento per equivalente.

Si è costituita in giudizio la Impianti e Costruzioni s.r.l. che ha chiesto il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 22 novembre 2011, il giudizio è stato assunto in decisione.

4.- L'appello è infondato e va rigettato.

5.- Secondo il Comune appellante il TAR sarebbe caduto in errore, atteso l'inequivoco disposto dell'art. 37, comma 4, del d. lgv. n. 163 del 2006.

La doglianza è priva di pregio.

Come statuito dal TAR, nel nostro ordinamento giuridico “*vige il principio di effettiva corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'a.t.i. e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, con la conseguenza che le quote di partecipazione delle singole imprese ad un raggruppamento devono essere previamente indicate in sede di offerta, non essendo sufficiente che esse vengano evidenziate ex post nella fase esecutiva*”.

Nel caso, la commissione di gara, in sede di valutazione delle offerte ammesse e, segnatamente dell'offerta della costituenda a.t.i. con capogruppo Edil Dora di Bruno Romeo, aggiudicataria dell'appalto, in violazione degli artt. 3 e 13 del d. lgv. n. 163 del 2006, non ha verificato

preliminarmente l'osservanza dell'obbligo per gli operatori economici concorrenti in forma raggruppata di dichiarare già in sede di offerta, le rispettive quote di partecipazione alla compagine associativa.

Vero che la norma non detta alcuna esplicita prescrizione circa il limite temporale in cui debba essere dichiarata l'entità dei lavori assunti dalle singole partecipanti, ma ragioni di carattere logico e sistematico impongono che tale onere debba essere assolto sin dal momento di ammissione alla gara.

Infatti, il comma 3 dell'art. 37 subordina espressamente la partecipazione ai pubblici appalti delle associazioni temporanee di imprese al fatto che la capogruppo mandataria, e le altre imprese del raggruppamento, siano già in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale; di qui l'obbligo di esternare preventivamente le quote partecipative.

Tale è, peraltro, l'orientamento consolidato del giudice amministrativo (cfr. tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 249; sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6586; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 13 giugno 2005, n. 358) che ha più volte statuito la necessità che nell'ambito del raggruppamento temporaneo di imprese vi sia piena corrispondenza tra: a) requisiti di qualificazione; b) quote di partecipazione; c) quote di esecuzione.

Tale necessità che discende direttamente da norme imperative comporta l'obbligo di dichiarare già in sede di offerta le quote di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione dei lavori e si impone ai concorrenti senza alcuna necessità di espressa previsione del bando di gara che deve intendersi integrato dalla previsione di legge (in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 416).

D'altra parte l'obbligo di indicare le suddette quote non si traduce in un onere eccessivamente gravoso che limiterebbe la partecipazione alle pubbliche gare, risolvendosi in una mera dichiarazione.

Sta di fatto che il raggruppamento aggiudicatario non ha assolto a tale

obbligo e, pur concorrendo alla gara nella forma di aggregazione di tipo orizzontale, ovvero di riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria, non ha indicate le quote di partecipazione dell'a.t.i., impedendo alla stazione appaltante di poter verificare in sede esecutiva, la corrispondente capacità realizzativa delle medesime imprese, ai sensi del disposto del comma 13 del citato articolo 37.

Trattasi di violazione idonea a giustificare la sanzione dell'esclusione dalla gara, in conformità alla disposizione del disciplinare di gara che, al paragrafo III, lett. hh), punto b), prescriveva l'onere dei concorrenti di uniformarsi alla disciplina valevole per le associazioni temporanee.

6.- Quanto esposto dal TAR sulla valenza integrativa della relativa previsione di legge per il caso in cui il bando di gara nulla dica in proposito, toglie pregio alla censura dell'appellante circa la omessa pronuncia del giudice di primo grado sulla previsione del disposto del comma 4 dell'art. 14 del d. lgv. n. 163 del 2006, essendovi al contrario ampia ed esauriente motivazione sul punto.

7.- Infondata per le stesse ragioni è anche la censura di omessa pronuncia del giudice di primo grado sulla carenza di interesse all'applicazione di tale obbligo per la concorrente Edil Dora di Bruno Romeo, che da sola possedeva i requisiti speciali di partecipazione alla procedura selettiva.

La circostanza è irrilevante, atteso che laddove l'impresa, che pure possieda da sola i requisiti, abbia scelto di partecipare alla gara in forma associata, è soggetta alle relative norme, non fosse altro perché la stazione appaltante non può ignorare la forma aggregativa scelta liberamente dalle concorrenti ed imputare solamente alla capogruppo gli obblighi correlati all'offerta.

Per le considerazioni esposte, va confermato il disposto annullamento dell'aggiudicazione della gara e degli atti ad essa presupposti.

8.- Il Comune appellante chiede la riforma della sentenza anche per quanto attiene la domanda risarcitoria e le statuizioni relative al risarcimento del

danno per equivalente riconosciuto dal TAR all'impresa resistente.

9.- Secondo il Comune sarebbe errata la considerazione posta a base del risarcimento per equivalente, *che la decisione non sarebbe potuta intervenire in tempo utile per consentire il subentro dell'Impresa Impianti e Costruzioni nel contratto, stante l'avvenuta stipula del contratto con l'aggiudicataria tra la notifica del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e la data fissata per la trattazione camerale dello stesso.*

Se è vero, infatti, che la stipula del contratto non è di ostacolo al subentro del ricorrente in caso di annullamento dell'aggiudicazione, spetta, tuttavia, al ricorrente scegliere se procedere al subentro, ove questo non sia stato ancora interamente eseguito, o se optare per il risarcimento del danno anche in relazione alla parte del contratto non eseguita.

Infatti, 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.

Del resto la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale del giudicato, deriva anche dall'applicazione dell'art. 1181 cod. civ., secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto alla possibilità di conseguire l'esecuzione solo parziale del contratto.

Evidente, dunque, che trattandosi di potere nella disponibilità del soggetto che agisce per il risarcimento del danno, la parte su cui grava il risarcimento non può far valere a suo vantaggio una facoltà di cui non dispone.

Tra l'altro, nel caso l'amministrazione comunale ha tenuto un

comportamento molto discutibile, essendosi affrettata alla stipula del contratto nella fase tra la notifica del ricorso e l'udienza camerale per la discussione dell'istanza cautelare, consegnando anche i lavori all'aggiudicataria, così affievolendo il diritto della ricorrente ad ottenere una tutela piena ed effettiva dei suoi diritti e interessi.

Tale comportamento è in evidente violazione dei principi sanciti dalla direttiva n. 890/665/CE, come modificata dalla direttiva n. 2007/66/CE, che ha introdotto il principio della sospensione automatica della stipula del contratto, in presenza di gravame avverso la procedura di gara; principio questo che è stato legiferato dal codice del processo amministrativo, non applicabile al caso di specie *ratione temporis*.

10.- Quanto alla circostanza che la trattazione dell'istanza cautelare sia stata procrastinata per la proposizione di motivi aggiunti e di istruttoria, non sposta la responsabilità del ritardo sulla ricorrente di primo grado, atteso che la stipula del contratto con la consegna dei lavori era, comunque, già avvenuta.

11.- In ordine alla colpa dell'amministrazione, va rammentato che l'illegittimità del provvedimento integra presunzione semplice della colpa, per cui spetta all'amministrazione di provare che il provvedimento illegittimo è derivato da un errore scusabile, configurabile in caso di contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione di una norma o di comportamenti di altri soggetti o di applicazione di una norma successivamente dichiarata incostituzionale (Cons. Stato, sez. V. 12 febbraio 2008, n. 491; sez. VI, 3 giugno 2006, n. 3981; 9 marzo 2007, n. 1114).

Ciò posto, non può tuttavia condividersi la tesi dell'amministrazione comunale secondo la quale la questione relativa alle quote di partecipazione delle a.t.i. abbia dato luogo a contrasti giurisprudenziali, essendo, invece, interpretazione consolidata quella seguita dal TAR, secondo la quale tale obbligo sussiste sin dalla formulazione dell'offerta.

Per i motivi sin qui esposti, l'appello deve essere respinto.

12.- Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Comune di Laureana di Borrello al pagamento di euro 3.500,00 oltre accessori di legge in favore dell'Impianti e Costruzioni s.r.l. per spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/03/2012

IL SEGRETARIO

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