

N. 04334/2012REG.PROV.COLL.
N. 03565/2011 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 3565 del 2011, proposto da:

Provincia Autonoma di Trento – P.A.T., in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Achille Chiappetti, Nicolò Pedrazzoli e Giuliana Fozzer, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Paolo Emilio, n. 7;

contro

Consorzio Idrotecnico Trentino – C.I.T., in persona del liquidatore pro tempore, anche appellante incidentale, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Tita e Francesco Vannicelli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Varrone, n. 9;

nei confronti di

Sabbia Ghiaia Calcestruzzi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Cooperativa Selciatori e Posatori Strade e Cave a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - della Provincia di Trento n. 00042/2011, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto dal Consorzio Idrotecnico Trentino – C.I.T., per l'annullamento dei verbali di gara dd. 17.10.2007 n. 586 e n. 587 con i quali la P.A.T. ha disposto l'esclusione del Consorzio dalla procedura aperta indetta per l'affidamento dei lavori di ordinaria manutenzione delle strade statali e provinciali, lotti n. 1 e n. 2; occorrendo, dei verbali 26.9.2007 e 8.10.2007, del bando e del disciplinare di gara, nonché degli atti connessi, presupposti e successivi, tra cui quelli emanati ex art. 48 d. lgs. 163/2006 e l'aggiudicazione definitiva, nel frattempo eventualmente disposta; inoltre di accoglimento della richiesta di condanna al risarcimento del danno per equivalente.

Inoltre, a seguito di appello incidentale del Consorzio Idrotecnico Trentino – C.I.T., in liquidazione, per la riforma di detta sentenza nella parte in cui ha condannato la P.A.T. a versare al C.I.T. € 38.387,30, oltre ad accessori a far tempo dalla proposizione del ricorso, a titolo di risarcimento del danno, sottostimato; nonché per la condanna della P.A.T. a corrispondere al C.I.T. la somma di € 114.030, 84 a titolo di risarcimento per il mancato utile traibile dall'esecuzione dell'appalto, oltre ad accessori a far tempo dalla proposizione del ricorso e fino alla data dell'effettivo soddisfo.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale di Consorzio Idrotecnico Trentino – C.I.T. ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Achille Chiappetti e Silvia Maria Cinquemani, su delega dell'avvocato Francesco Vannicelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza non definitiva 6 novembre 2008, n. 284 (confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6505 del 2010) il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento ha accolto il ricorso proposto dal Consorzio Idrotecnico Trentino – C.I.T., nella sua parte impugnatoria, ed ha annullato il provvedimento di esclusione del Consorzio dalla gara in epigrafe indicata, nonché i consequenziali provvedimenti di escussione della cauzione provvisoria e di segnalazione all’Autorità di vigilanza.

Al fine di definire l’istanza accessoria di condanna al risarcimento del danno ingiusto per equivalente il Tribunale suddetto ha disposto accertarsi, mediante verifica ex art. 26, commi 2 e 3, del R.D. 17.8.1907, n. 642, la sussistenza del nesso di causalità tra il provvedimento di esclusione ed il pregiudizio subito dal Consorzio, per verificare se la parte ricorrente avesse effettivamente titolo ad ottenere l’aggiudicazione dell’appalto, mediante ripetizione virtuale - ora per allora - della gara per entrambi i lotti.

Il nominato consulente tecnico d’ufficio è stato incaricato di verificare se il Consorzio ricorrente avesse titolo, o meno, ad ottenere l’aggiudicazione dell’appalto per i due lotti, preliminarmente verificando se le relative offerte dovessero essere escluse per altre ragioni, diverse da quelle inerenti alla fase della prequalificazione, già svolta nei suoi confronti, o per l’eventuale anomalia delle offerte economiche. Nel caso in cui fosse stato accertato che il C.I.T. aveva titolo all’aggiudicazione di uno o di entrambi i lotti, il C.T.U. avrebbe dovuto quantificare quale sarebbe stato l’utile che l’istante avrebbe potuto ricavare dall’esecuzione del contratto d’appalto e l’importo delle spese e dei costi sostenuti per la preparazione dell’offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, al fine della determinazione del risarcimento spettante.

Dalla espletata consulenza tecnica d’ufficio è emerso che per il lotto n. 1 detto Consorzio non avrebbe avuto titolo all’aggiudicazione della gara, mentre per il lotto n. 2 avrebbe avuto pieno titolo all’aggiudicazione; inoltre

che dall'esecuzione del contratto relativo al lotto n. 2 l'utile ricavabile sarebbe stato di complessivi € 38.367,30.

Con la sentenza in epigrafe indicata il T.A.R. ha quindi dichiarato obbligata la Provincia Autonoma di Trento a versare alla parte ricorrente la somma di euro € 38.387,30 a titolo di risarcimento del danno, oltre accessori a far tempo dalla proposizione del ricorso e sino alla data dell'effettivo soddisfo.

Con il ricorso in appello in esame la P.A.T. ha chiesto l'annullamento di detta sentenza, deducendo i seguenti motivi:

1.- Errores in iudicando. Travisamento di circostanze di fatto e di diritto. Difetto assoluto di motivazione.

Il Tribunale ha recepito le conclusioni del C.T.U. pur essendo le stesse viziate da erronea ricostruzione in fatto ed in diritto.

Il consulente non ha infatti considerato che, come evidenziato dal consulente tecnico di parte della Provincia, l'offerta tecnica del C.I.T. era difforme dalle previsioni vincolanti del bando di gara e del Capitolato speciale (che imponevano l'inizio delle operazioni, e non delle fasi, di sgombero prima che la coltre nevosa raggiungesse i 5 cm. e non dopo) e pertanto avrebbe dovuto essere esclusa.

L'offerta del Consorzio avrebbe dovuto anche essere esclusa perché anomala, atteso che il costo per il personale da esso denunciato in sede di offerta è stato ottenuto applicando a tutti gli operai un costo orario inferiore a quello previsto dal prezzario provinciale relativo all'anno 2006, che rappresenta un minimo tabellare inderogabile e non può essere soggetto a ribassi.

Inoltre il C.I.T. ha indicato, tra il personale applicato, quale tecnico responsabile un tecnico diplomato per il quale è stato previsto il costo orario di € 11,37/h, a nulla valendo la giustificazione che tale figura era utilizzata al 30% (perché è stato esposto nel calcolo il 100% delle ore di utilizzo, applicando il 30% di riduzione al costo annuale orario), mentre il

C.T.U. ha sviluppato i conteggi computando anche per detta figura professionale il medesimo monte ore degli operai.

Con atto notificato l'1.6.2011 e depositato il 6.6.2011 ha proposto appello incidentale il C.I.T., che ha chiesto la riforma della impugnata sentenza, nella parte in cui ha condannato la P.A.T. a versare ad esso solo € 38.387,30 (oltre ad accessori) a titolo di risarcimento del danno, perché sottostimato, nonché la condanna della Provincia a corrispondere al Consorzio la somma di € 114.030,84 a titolo di risarcimento per il mancato utile detraibile dall'esecuzione dell'appalto, oltre ad accessori a far tempo dalla proposizione del ricorso e fino alla data dell'effettivo soddisfo.

A sostegno del gravame incidentale sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Error in iudicando; travisamento di circostanze di fatto e di diritto; violazione della lex specialis di gara.

Il T.R.G.A. ha errato nel recepire integralmente le risultanze della verifica nella parte in cui non sono state accolte le osservazioni della deducente relativamente alla quantificazione del danno patito per la illegittima esclusione.

Il C.T.U. ha erroneamente modificato il monte ore complessivo necessario per lo svolgimento del servizio, comprendendo nel conteggio anche le giornate festive asseritamente non considerate dalla deducente.

Pure erroneamente detto Consulente ha ritenuto errata la stima del costo per il tecnico diplomato con funzioni di responsabile per ogni lotto, operata, in ragione del suo parziale impiego sul servizio de quo; il Consorzio si è infatti attenuto alle prescrizioni della legge di gara, che prevedeva l'impiego di detto tecnico in una percentuale del 25%, ed il costo del suddetto è stato calcolato nella percentuale maggiorata del 30%.

Con memoria depositata il 23.2.2012 la appellante principale ha contestato la fondatezza dell'appello incidentale, concludendo per la sua reiezione e per l'accoglimento dell'appello principale.

Con memoria depositata il 9.3.2012 il C.I.T. ha contestato la fondatezza dell'appello principale ed ha concluso per la reiezione dello stesso e per l'accoglimento dell'appello incidentale.

Con memoria di replica depositata il 16.3.2012 la Provincia appellante ha contestato le avverse argomentazioni, insistendo per l'accoglimento.

Con memoria di replica depositata il 16.3.2012 il C.I.T. ha replicato alle avverse argomentazioni ed ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 27.3.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta di annullamento, formulata dalla Provincia Autonoma di Trento, di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata (con la quale è stato definitivamente accolto il ricorso proposto dal Consorzio Idrotecnico Trentino – C.I.T., per l'annullamento dei verbali di gara dd. 17.10.2007 n. 586 e n. 587 con i quali essa P.A.T. aveva disposto l'esclusione del Consorzio dalla procedura aperta indetta per l'affidamento dei lavori di ordinaria manutenzione delle strade statali e provinciali, lotti n. 1 e n. 2, oltre che dei provvedimenti conseguenti) nella parte in cui la Provincia è stata dichiarata obbligata a versare alla parte ricorrente la somma di euro € 38.387,30 a titolo di risarcimento del danno, oltre accessori a far tempo dalla proposizione del ricorso e sino alla data dell'effettivo soddisfo, dovendo invece essere considerata inammissibile l'offerta del C.I.T. per il secondo lotto.

Con appello incidentale il Consorzio Idrotecnico Trentino – C.I.T., in liquidazione, ha chiesto la riforma di detta sentenza nella parte in cui ha condannato la Provincia Autonoma di Trento al risarcimento del danno, in quanto sottostimato, chiedendo la condanna della Provincia a corrispondere ad esso la maggior somma di € 114.030,84 a titolo di

risarcimento per il mancato utile traibile dall'esecuzione dell'appalto, oltre ad accessori a far tempo dalla proposizione del ricorso e fino alla data dell'effettivo soddisfo.

2.- Con l'unico, complesso, motivo di appello la Provincia in questione ha dedotto, in primo luogo, che il Tribunale ha recepito le conclusioni del C.T.U. pur essendo le stesse viziate da erronea ricostruzione in fatto ed in diritto.

Il consulente non avrebbe infatti considerato che, come evidenziato dal consulente tecnico di parte della Provincia, l'offerta tecnica del C.I.T. era difforme dalle previsioni vincolanti del bando di gara e del Capitolato speciale e che pertanto avrebbe dovuto essere esclusa.

Invero l'art. 26 del capitolato speciale, relativamente allo "sgombero neve, salatura e sabbiatura stradale" prevedeva che "lo sgombero della neve deve essere iniziato entro 30 minuti dall'inizio delle precipitazioni che comportino disagio al traffico e comunque prima che la coltre nevosa abbia raggiunto l'altezza di cm. 5 (cinque) soffici".

Viceversa l'offerta tecnica del C.I.T. prevedeva che "inizierà le fasi di sgombero neve ... in caso di nevicate persistenti per più di 20-25 minuti e comunque quando il manto nevoso soffice abbia superato i 5 cm. ...".

Quindi il T.A.R. ha recepito la consulenza tecnica d'ufficio che tuttavia non avrebbe considerato che erano state violate da parte del C.I.T. le prescrizioni del capitolato che imponevano l'inizio delle operazioni, e non delle fasi, di sgombero prima che la coltre nevosa raggiungesse i 5 cm e non dopo.

3.- Osserva la Sezione che al riguardo il C.T.U. ha segnalato che le prescrizioni degli atti di gara individuano come prescrizioni minime inderogabili solo quelle relative alla dotazione di mezzi, risorse e personale, ma non anche quelle inerenti le modalità di svolgimento di interventi;

inoltre ha evidenziato che le prescrizioni del disciplinare imponevano l'obbligo di non indicare dotazioni inferiori al minimo richiesto solo per quanto attiene la dotazione di risorse e personale e non con riferimento al miglioramento degli obblighi minimi delle prestazioni.

Ha altresì esposto il C.T.U. che il capitolato speciale sanzionava in modo difforme le due fattispecie sopra indicate, stabilendo la risoluzione del contratto in caso di inosservanza, in sede di esecuzione dello stesso, di quanto dichiarato in sede di offerta per ciò che concerne le dotazioni minime richieste, mentre prevedeva solo l'applicazione di una penale in caso di mancata osservanza dei tempi di intervento.

Dalla diversità di esse sanzioni il C.T.U. ha tratto il convincimento che obiettivo imprescindibile ed essenziale dell'Amministrazione fosse quello di assicurare la dotazione minima di personale e di risorse materiali per lo svolgimento delle attività e non anche la tempistica degli interventi. Pertanto il Consulente (premesso che la presenza di precedenti riferiti alle medesime parti, alle medesime attività, con formulazione identica sia relativamente all'offerta che alle prescrizioni degli atti di gara senza che la Provincia avesse sollevato contestazioni, aveva creato affidamento nel C.I.T.) ha disatteso la tesi della Provincia che l'impresa non sarebbe intervenuta se non al ricorrere di entrambe le condizioni (del rispetto del tempo di intervento e di superamento della soglia minima di dimensioni del manto nevoso), ritenendo altrettanto valida l'interpretazione della offerta che prevede l'intervento in caso di superamento del periodo minimo e di superamento del limite massimo di altezza del manto nevoso a terra.

In conclusione il C.T.U. ha ritenuto che l'offerta del Consorzio non incorreva in alcuna violazione sanzionata dalla disciplina di gara con esclusione espressa, e che non fosse affatto inidonea al soddisfacimento degli obiettivi della Amministrazione, (sia in termini prestazionali che in relazione alla necessità di assicurare la piena sicurezza della circolazione

stradale) ma da ritenere migliorativa rispetto al tempo di intervento previsto dalla legge di gara; inoltre ha ritenuto che in base alle prescrizioni degli atti di gara, che sanzionano con l'esclusione solo alcune delle previsioni del capitolato, le eventuali diverse violazioni possano essere ritenute rilevanti solo se dalle stesse consegue la compromissione di un interesse dell'Amministrazione, nel caso di specie ritenuta insussistente.

La difesa del Consorzio resistente ha evidenziato al riguardo che, sussistendo problematiche per la misurazione dello spessore della neve, il parametro più significativo sarebbe quello del tempo di intervento, e che, sia dal disciplinare che dal capitolato speciale, si evincerebbe che le prescrizioni minime inderogabili sarebbero solo quelle relative alla dotazione dei mezzi, risorse e personale e non anche quelle inerenti le modalità di svolgimento degli interventi (solo con riferimento alla dotazione di risorse e personale è, infatti, espressamente richiesto l'obbligo di non indicare una dotazione inferiore al minimo richiesto, mentre nulla è richiesto con riguardo ai tempi minimi di intervento, né sono previste la risoluzione del contratto o penalità in caso di inosservanza di essi).

Quindi l'unico parametro rilevante sarebbe il tempo di intervento, trenta minuti, e non anche lo spessore della neve.

Tanto sarebbe dimostrato anche dalla circostanza che la prescrizione di capitolato in questione ne riproduce una identica contenuta nel capitolato posto a base di una precedente gara, aggiudicata al Consorzio, che ha indicato le medesime modalità di intervento offerte nella gara per cui è causa, senza contestazioni da parte della Provincia appaltante.

3.1.- Deve premettere al riguardo la Sezione che, in generale, in materia di appalti della P.A. solo se non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante va accordata preferenza al favor participationis, con applicazione del principio, di derivazione comunitaria, e rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità

formali, con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale.

Quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica amministrazione appaltante, o poste a garanzia della “par condicio” dei concorrenti, l'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara circa le modalità di presentazione delle offerte, implica invece l'esclusione dalla gara stessa, a prescindere se ciò sia espressamente sanzionato in termini specifici dalla “lex specialis” con l'esclusione.

Va aggiunto che nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete il controllo del rispetto delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità al riguardo.

Pertanto in caso di inosservanza di prescrizioni rispondenti a particolari interessi della P.A. può dichiararsi illegittima l'esclusione dalla gara pubblica di un partecipante solo in caso di inosservanza da parte sua di clausole ambigue, tanto più che queste ultime devono essere sempre interpretate secondo un criterio di ragionevolezza volto a salvaguardare l'interesse della Pubblica amministrazione, ma senza comportare illegittime esclusioni dalla gara.

Peraltro nelle pubbliche gare, la facoltà di chiedere chiarimenti è da escludersi che possa riguardare gli elementi essenziali della domanda ovvero essere utilizzata per supplire all' inosservanza di adempimenti procedurali o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dal bando.

Tanto premesso la Sezione osserva che nel caso che occupa la prescrizione contenuta nell'art. 26 del capitolato speciale, relativamente allo “sgombero neve, salatura e sabbiatura stradale” prevedeva che “lo sgombero della neve

deve essere iniziato entro 30 minuti dall'inizio delle precipitazioni che comportino disagio al traffico e comunque prima che la coltre nevosa abbia raggiunto l'altezza di cm. 5 (cinque) soffici”.

Innanzitutto la clausola non appare affatto ambigua o di dubbia interpretazione, non avendo chiarito il Consorzio resistente in cosa consistano le difficoltà e le perplessità di natura tecnica che impediscono di misurare agevolmente lo strato della coltre nevosa formatosi sulla strada. Inoltre appare di palmare evidenza che la interpretazione di detta clausola non possa che essere quella che in ogni caso, a prescindere dallo spessore della coltre nevosa, lo sgombero della stessa debba essere iniziato entro 30 minuti e comunque, a prescindere dal tempo trascorso, prima che la coltre stessa raggiunga i cinque centimetri.

In secondo luogo, a prescindere se nella legge di gara sia prevista o meno a pena di esclusione, la prescrizione sopra riportata attiene sicuramente ad interessi della Amministrazione appaltante particolarmente rilevanti, atteso che la manutenzione stradale al fine del perseguimento della sicurezza del traffico è compito specifico della Provincia e oggetto stesso della indizione della procedura de qua.

Pertanto, l'inosservanza della niente affatto ambigua prescrizione del bando di gara circa le modalità di presentazione della offerta, la cui portata vincolante esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, comporta che il C.T.U., nel ripetere virtualmente la procedura di aggiudicazione della gara de qua, avrebbe dovuto concludere che la violazione dalla stessa da parte del C.I.T. avrebbe comportato la esclusione di questo dalla gara, a prescindere dalla circostanza che ciò non fosse espressamente sanzionato in termini specifici dalla lex specialis con l'esclusione.

A nulla vale che la prescrizione di capitolato in questione ne riproduce una identica contenuta nel capitolato posto a base di una precedente gara,

aggiudicata al Consorzio, che ha indicato le medesime modalità di intervento offerte nella gara per cui è causa, senza contestazioni da parte della Provincia appaltante.

La contraddittorietà tra gli atti del procedimento e la violazione dell'affidamento ingenerato nel privato può infatti rinvenirsi solo allorquando sussista tra più atti successivi di un medesimo procedimento un contrasto inconciliabile tale da far dubitare su quale sia l'effettiva volontà dell'Amministrazione; non sussiste invece tra atti di distinti ed autonomi procedimenti, quando si tratti di provvedimenti che, pur riguardanti lo stesso oggetto, siano adottati all'esito di procedure indipendenti e posti in essere ad intervalli di tempo l'uno dall'altro.

Quindi non sussistono contraddittorietà o violazione dell'affidamento a causa della diversità di comportamento dell'Amministrazione che in precedenza nulla avrebbe osservato con riguardo ad una offerta del C.I.T. che aveva proposto medesime modalità di sgombero della neve, perché l'eccesso di potere non è configurabile nei confronti dell'attività vincolata, come è quella in questione..

La censura in esame è quindi infondata.

4.- La riconosciuta inammissibilità dell'offerta del C.I.T. per il secondo lotto comporta la insussistenza del nesso di causalità tra il provvedimento di esclusione ed il pregiudizio subito dal Consorzio, per verificare il quale il T.A.R. aveva disposto la ripetizione virtuale - ora per allora - della gara per entrambi i lotti ad opera del C.T.U. e la riforma della impugnata sentenza nella parte in cui la Provincia Autonoma di Trento è stata condannata al pagamento del risarcimento del danno in favore del C.I.T.. Restano pertanto assorbiti gli ulteriori motivi di appello.

5.- Conseguentemente al riconoscimento della non spettanza di alcun risarcimento al C.I.T. deve essere dichiarato improcedibile l'appello incidentale da esso proposto contro la sentenza de qua deducendo la

insufficienza del risarcimento del danno con la stessa riconosciute e chiedendo la condanna della P.A.T. al pagamento in favore del Consorzio stesso della maggior somma di € 114.030, 84, oltre ad accessori a far tempo dalla proposizione del ricorso e fino alla data dell'effettivo soddisfo.

6.- L'appello principale deve essere conclusivamente accolto e deve essere riformata la impugnata decisione nella parte in cui la Provincia è stata dichiarata obbligata a versare alla parte ricorrente la somma di euro € 38.387,30 a titolo di risarcimento del danno, oltre accessori a far tempo dalla proposizione del ricorso e sino alla data dell'effettivo soddisfo. Deve conseguenzialmente essere dichiarato improcedibile l'appello incidentale.

7.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, co. 1, c.p.a e 92, co. 2, c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello principale in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, rigetta la domanda risarcitoria proposta in primo grado. Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/07/2012

IL SEGRETARIO

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