

N. 03892/2013REG.PROV.COLL.
N. 07463/2012 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 7463 del 2012, proposto da:

Ruberto s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Scaparone, Cinzia Picco e Luca Di Raimondo, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via della Consulta 50;

contro

Provincia di Mantova, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Storace ed Eloisa Persegati Ruggerini, con domicilio eletto presso Francesco Storace in Roma, via Crescenzo, 20;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA, SEZIONE II, n. 01634/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione dei lavori di costruzione del 1° stralcio del 2° lotto funzionale della variante alle ex ss.ss. n. 343 e 358 nei comuni di Casalmaggiore e Viadana – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Mantova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Di Raimondo e Persegati Ruggerini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. E' oggetto del presente giudizio la procedura di gara indetta dalla provincia di Mantova per l'affidamento in appalto dei lavori di costruzione del 2° lotto funzionale, 1° stralcio, della variante alle ex strade statali nn. 343 e 358 nei Comuni di Casalmaggiore e Viadana.

All'esito della procedura, risultava aggiudicataria provvisoria la Ruberto s.p.a. (nelle more trasformatasi in s.r.l.), odierna appellante. Acquisito peraltro DURC negativo, l'amministrazione comunicava l'intenzione di revocare l'aggiudicazione e di escutere la cauzione provvisoria.

La Ruberto contestava tale decisione, lamentandosi del procrastinarsi della procedura e della sopravvenuta antieconomicità dell'offerta a causa del tempo trascorso dalla relativa presentazione, chiedendo un incontro chiarificatore con l'amministrazione.

All'esito di detto incontro, la Provincia aggiudicava definitivamente la gara alla Ruberto, ma quest'ultima ne chiedeva ripetutamente l'annullamento in autotutela, sostenendo che l'offerta a suo tempo presentata, il 25 luglio 2011, fosse divenuta inefficace in virtù del disposto dell'art. 11, comma 6, del codice dei contratti pubblici.

2. Ottenuta per tutta risposta dapprima la conferma dell'escussione della cauzione provvisoria (ammontante ad € 52.760,00) e quindi la diffida a stipulare il contratto, la società adiva il TAR Lombardia – sez. staccata di Brescia, chiedendo l'annullamento di tutti gli atti di gara e contestualmente

proponendo domanda di risarcimento dei danni subiti.

Lamentava in particolare che l'aggiudicazione definitiva era stata emessa malgrado la previa revoca dell'offerta, da essa ricorrente comunicata una volta spirato il termine di validità previsto dalla citata disposizione del codice dei contratti pubblici. Precisava inoltre che l'incontro chiarificatore con l'amministrazione era stato richiesto al fine esclusivo di dimostrare la propria regolarità contributiva e dunque evitare l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

3. Con la sentenza oggetto del presente appello, assunta all'esito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., Il TAR respingeva l'impugnativa, fatta eccezione per l'escussione della cauzione provvisoria.

Aderendo alle tesi dell'amministrazione resistente, affermava che la Ruberto non avesse manifestato in modo inequivoco la volontà revocare l'offerta prima che su di essa intervenisse il provvedimento di aggiudicazione definitiva impugnato e rafforzava tale convincimento alla luce del comportamento successivamente tenuto dall'aggiudicataria, ed in particolare con la conferma della proroga della cauzione provvisoria sino al 27 giugno 2012. In conclusione, imputava dunque a quest'ultima la mancata stipula del contratto.

3.1 Dichiarava per contro non sussistenti i presupposti per l'escussione della cauzione, in ragione del fatto che l'amministrazione vi aveva implicitamente rinunciato, avendo convocato la ricorrente per la stipula del contratto.

3.2 Respingeva inoltre la domanda risarcitoria, perché sfornita di prova e perché il ritardo della procedura era imputabile anche alla ricorrente.

4. Nell'appellare tale decisione, quest'ultima ripropone entrambe le domande disattese in primo grado.

4.1 Con riguardo all'azione di annullamento, ribadisce che:

- la propria volontà di svincolarsi da un'offerta, ormai risalente ad 11 mesi prima, è stata comunicata prima che intervenisse l'aggiudicazione definitiva, con nota in data 26 giugno 2012;
- tale revoca è successiva, e non già precedente, come erroneamente rilevato dal TAR, alla proroga della cauzione provvisoria sino al 27 giugno 2012, in quanto comunicata all'amministrazione con nota del 4 maggio precedente;
- quest'ultima, per contro, è motivata unicamente con la finalità di ottenere l'archiviazione del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e la conseguente escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

4.2 Con riguardo alla domanda risarcitoria, l'appellante sostiene di essere stata danneggiata dall'ingiustificato ritardo dell'amministrazione ad addivenire alla stipula del contratto, visto che ciò avrebbe potuto avvenire una volta acquisito il DURC regolare, in data 15 marzo 2012 e sanata da parte sua una modesta irregolarità fiscale.

In ordine ai danni patiti – suddivisi in: spese di partecipazione alla gara; costi per il fermo mezzi e personale destinato all'esecuzione dei lavori; rinuncia ad altre commesse; mancato utile – la società appellante critica il TAR per avere definito il giudizio con sentenza semplificata ex art. 60 cod. proc. amm., lamentando di non avere così potuto offrire la prova degli stessi e chiedendo di potervi ovviare in appello.

5. Si è costituita la provincia di Mantova in resistenza ad entrambe le domande, sottolineando in particolare che il protrarsi della procedura è imputabile esclusivamente *“alla lentezza della società ad adempiere agli oneri di gara ed alle plurime irregolarità riscontrate rispetto agli obblighi previdenziali, assicurativi e fiscali”*, in ragione dei quali l'amministrazione, successivamente all'aggiudicazione provvisoria, si determinava ad effettuare ulteriori controlli, accertando, mediante DURC richiesto il 23 maggio e ricevuto il 19 giugno 2012, che la Ruberto risultava ancora inadempiente nei

versamenti contributivi.

Evidenzia poi che la revoca dell'offerta poteva essere disposta solo in caso di scadenza del termine previsto per la sua validità o per ritardo imputabile alla stazione appaltante, circostanze nel caso di specie non ricorrenti, in particolare per quanto riguarda la prima, visto che la Ruberto ne ha prorogato la validità sino al 27 giugno 2012, nonché per la seconda, atteso che la medesima società ha depositato la documentazione richiesta per l'aggiudicazione definitiva solo in data 2 aprile 2012, a fronte di una richiesta risalente al 30 gennaio precedente.

Eccepisce infine l'inammissibilità dei documenti depositati dall'appellante a sostegno della domanda risarcitoria.

6. Accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza, in memoria conclusionale la Provincia appellata riferisce di avere provveduto, in esecuzione della stessa, a scorrere la graduatoria, ma di non potere addivenire alla stipula del contratto con la seconda graduata a causa del minore ribasso offerto da quest'ultima e della riduzione dei trasferimenti erariali.

7. Così riassunte le opposte prospettazioni delle parti, ai fini della decisione non è inutile ripercorrere i passaggi salienti della vicenda da cui scaturisce il presente contenzioso:

- l'offerta della Ruberto è stata presentata il 25 luglio 2011, due giorni prima la scadenza del termine fissata nel bando di gara;
- l'aggiudicazione provvisoria risale al 30 gennaio 2012;
- successivamente, in sede di verifica del possesso dei requisiti ai sensi degli artt. 11, comma 5, e 12 d.lgs. n. 163/2006, l'amministrazione acquisiva un DURC in data 15 marzo 2012, risultato regolare, dopo un primo, risalente al 1 marzo precedente, recante una segnalazione di irregolarità contributiva;
- nondimeno, il 23 maggio veniva richiesto un nuovo DURC, acquisito il 19 giugno successivo, rivelatosi poi negativo;

- da ciò scaturiva l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione e contestuale comunicazione dell'intenzione di escutere la cauzione provvisoria (nota della Provincia del 25 giugno);
- la Ruberto riscontrava la comunicazione con nota del 26 giugno, manifestando la propria contrarietà per il protrarsi della procedura e la ritardata stipula del contratto, riservandosi di domandare i danni, e chiedendo infine un incontro chiarificatore;
- da quest'ultimo, avvenuto il 12 luglio, sortiva la determinazione del giorno successivo, di aggiudicazione definitiva;
- peraltro, l'aggiudicataria chiedeva, senza esito, di rimuovere in autotutela tale provvedimento, venendo invece diffidata dalla Provincia a sottoscrivere il contratto, con nota dell'11 settembre 2012, in conseguenza della quale scaturiva l'impugnativa giurisdizionale.

8. Con la propria impugnativa, la Ruberto sostiene, in estrema sintesi, che tale aggiudicazione sarebbe stata illegittimamente emanata, in quanto successiva alla revoca dell'offerta, da essa comunicata all'amministrazione con la più volte citata nota del 26 giugno 2012.

9. La tesi non può essere accolta, non essendo confortata dal tenore del documento in questione, che qui di seguito si analizza.

In esso, l'odierna appellante contesta innanzitutto di essere priva del requisito di regolarità contributiva ex art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, come invece aveva rilevato l'amministrazione, tramite il DURC in data 19 giugno 2012. Qui di seguito si riporta il seguente passaggio: *“con rammarico, prendiamo atto di quanto esposto nella V.s. in oggetto, il cui contenuto risulta essere pretestuoso [...] Nell'arco di questo periodo tutta la documentazione richiesta, a partire dalle giustifiche con le varie integrazioni, sono state regolarmente consegnate alla stazione appaltante la quale, ritenendole esaustive, in data 25/01/12 ha aggiudicato provvisoriamente la gara”*.

Nella nota in esame, la Ruberto ripercorre anche l'attività di acquisizione

documentale successiva, volta alla verifica del requisito in questione ai fini dell'aggiudicazione definitiva e correla espressamente a ciò la proroga della cauzione provvisoria: *“... sono state consegnate in data 27/03/12 rif. 108v vari documenti compresa la regolarità contributiva (D.U.R.C.), come da Vs. richiesta pervenutaci in data 30/01/12 prot. 3777/12 e Vs. del 16/03/12 prot. 11483/12 oltre alla integrazione della cauzione provvisoria, ai fini di una proroga, avvenuta in data 04/05/12 rif. 148v...”*.

Seguono infine le lamentele per tale andamento della procedura: *“Tali lungaggini burocratiche [...] hanno impedito alla scrivente di rendere operative alcune strategie aziendali [...] Oltretutto risulta impossibile mantenere i prezzi concordati con i fornitori vista la mancata stipula dei contratti, a distanza di 11 mesi dalla consegna dell'offerta, nei loro confronti. Inoltre, il mancato avvio di tale commessa, vitale per la ns. azienda, vista la recessione economica in atto nel ns. Paese, ci ha costretto ad effettuare una drastica riduzione sia di personale che di mezzi operativi”*.

Quindi, oltre a respingere l'addebito dell'amministrazione in ordine al requisito di regolarità contributiva e riservarsi azioni risarcitorie, l'aggiudicataria si dichiara disponibile *“per chiarimenti, chiedendo un appuntamento in merito”*.

9.1 Lungi dunque dall'evidenziare l'intendimento di svincolarsi dall'offerta, tale documento costituisce una conferma della opposta volontà di addivenire alla stipula del contratto posto a gara.

Ciò emerge in particolare dalla volontà di incontrare l'amministrazione al fine di chiarire la propria posizione contributiva e dalla precedente sottolineatura del carattere *“vitale”* di detto contratto, ponendo in particolare evidenza a questo riguardo il procrastinarsi della stipula e le difficoltà nei rapporti con i propri fornitori.

Si tratta quindi di dichiarazioni incompatibili con la volontà di revocare l'offerta.

9.2 Né emerge in alcun modo la precisazione che la richiesta di incontro

chiarificatore sia stato richiesto all'esclusivo fine di ottenere l'archiviazione del procedimento di revoca dell'aggiudicazione ed evitare conseguentemente l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

In realtà questa precisazione è stata fornita solo con le istanze di annullamento in autotutela della successiva aggiudicazione definitiva.

Ne consegue, giocoforza, che la richiesta dell'incontro chiarificatore va collegata alla volontà della Ruberto, rimasta intatta malgrado il tempo trascorso, di addivenire alla stipula del contratto, previo superamento della contestazione della stazione appaltante in ordine alla supposta irregolarità contributiva.

9.3 Ed infatti, nella determinazione di aggiudicazione definitiva n. 710 del 13 luglio 2012 si dà atto del positivo accertamento dei requisiti in capo all'aggiudicataria: il tutto, in particolare, dopo la contestazione dell'irregolarità contributiva accertata attraverso il DURC in data 19 giugno 2012.

Inoltre, nell'appendice di proroga della polizza fideiussoria in origine presentata a titolo di cauzione provvisoria, allegata alla nota del 4 maggio 2012, si ricava come questa sia riconducibile all'esigenza di garantirne la durata sino all'aggiudicazione provvisoria, in conformità al disposto dell'art. 75, comma 5, d.lgs. n. 163/2006. Tale documento, infatti, reca la seguente menzione: *“si dà atto che la scadenza della garanzia prestata con la suddetta polizza era stata presuntivamente fissata al 27/04/2012 e non essendo ancora pervenuto lo svincolo della garanzia, con la presente appendice si provvede a prorogare la durata della garanzia stessa fino al 27/06/2012...”*.

9.4 Alla luce delle descritte, precise e convergenti risultanze probatorie di carattere documentale, risultano conseguentemente smentiti tutti gli assunti alla base della presente impugnativa e bene ha fatto il TAR a respingerla, non essendovi prova che la Ruberto abbia revocato la propria offerta prima

che questa fosse divenuta irretrattabile. Si rivela conseguentemente privo di incidenza causale sulla decisione l'errore in cui lo stesso giudice è incorso in ordine all'epoca della proroga della cauzione provvisoria sino al 27 giugno, avendola questi collocata successivamente alla nota del 26 giugno e non già, come invece avvenuto, in epoca precedente.

10. Venendo alla domanda risarcitoria, anche questa deve essere respinta, meritando conferma la pronuncia di rigetto emessa dal TAR, sia pure con le precisazioni che seguono.

10.1 Il protrarsi della procedura di gara in seguito all'aggiudicazione provvisoria è in effetti imputabile all'amministrazione resistente e non già alla Ruberto.

Pur avendo la prima tempestivamente richiesto all'aggiudicataria i documenti necessari per l'aggiudicazione definitiva, risulta dalle sue stesse deduzioni che tale onere di produzione documentale era stato assolto al 2 aprile 2012 (cfr. in particolare a pag. 6 della comparsa costitutiva nel presente giudizio).

Nondimeno, solo il 23 maggio seguente la stessa si risolveva nel chiedere un nuovo DURC.

Il tutto, quindi, dopo che il termine di 30 giorni previsto dall'art. 12 d.lgs. n. 163/2006 per l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Termine che, nel caso di specie, decorreva appunto dall'invio della documentazione da parte della Ruberto, in conformità al secondo periodo del comma 1 della citata disposizione).

Termine che, inoltre, è da considerarsi perentorio, conseguendo dal suo spirare l'effetto legale di approvazione del contratto, come si ricava dalla formulazione letterale dell'ultimo periodo del ridetto art. 12, comma 1, del codice dei contratti pubblici (in termini, si veda C.d.S., sez. IV, sentenza 26 marzo 2012 n. 1766).

10.2 La statuizione di rigetto deve invece essere confermata nella parte in

cui essa si fonda sulla mancanza di prova dei pregiudizi dedotti.

A questo riguardo, la Ruberto non può dolersi che la decisione sulla stessa sia avvenuta in primo grado con sentenza ex art. 60 cod. proc. amm., visto che questa è stata assunta previo avviso alle parti ai sensi della medesima disposizione processuale, come dalla stessa non negato nel presente appello. La mancata opposizione della parte interessata, vale a dire l'odierna appellante, ha in tal modo sortito l'effetto di convalidare il convincimento di completezza dell'istruttoria del giudice di primo grado presupposto alla decisione di addivenire a tale forma di definizione del giudizio in sede di incidente cautelare. E' pertanto inibita alla medesima parte la possibilità di essere in definitiva rimessa in termini, attraverso la produzione di documenti in appello, trattandosi di attività non consentita al di fuori del necessario giudizio di indispensabilità imposto dall'art. 104, comma 2, cod. proc. amm., il quale implica che tale offerta di prova nel giudizio di secondo grado non sia preordinato a supplire a negligenze della parte onerata (in termini: C.d.S., sez. IV, 5 novembre 2012, n. 5622; C.g.amm., 18 settembre 2012 n. 782).

10.3 Peraltro, una volta accertata la legittimità dell'aggiudicazione definitiva e dunque la possibilità di addivenire alla stipula del contratto (per la quale l'amministrazione resistente ha ripetutamente diffidato la Ruberto, anche nelle more del presente giudizio), le quattro voci di danno dedotte risultano evidentemente non ristorabili ex art. 2043 cod. civ., atteso che:

a) le spese sostenute per la partecipazione del contratto costituiscono un pregiudizio risarcibile nell'ambito del c.d. interesse negativo proprio della responsabilità precontrattuale, che qui non viene in rilievo, visto che la Ruberto pone a fondamento della domanda risarcitoria azionata *"l'eccessiva durata del procedimento appaltante"* (così nel ricorso di primo grado) e dunque un danno da ritardo, laddove le spese di partecipazione costituiscono un onere economico del tutto indipendente da tale durata, in quanto correlato

alla partecipazione tout court alla gara;

b) i costi per il fermo dei mezzi e del personale (richiesti per il mese di giugno 2012) costituiscono oneri aziendali fissi, cui l'impresa è comunque sottoposta, ed alla quale fa fronte attraverso il conseguimento di ricavi o altre entrate, ottenendo così un margine positivo dato dall'utile di bilancio, cosicché difetta il necessario nesso di causalità rispetto al preteso fatto ingiusto altrui, visto che, oltretutto, nel caso di specie è la stessa danneggiata ad essersi rifiutata di addivenire alla stipulazione ed esecuzione del contratto;

c) in ordine alla rinuncia ad altre commesse, si rivela qui l'intrinseca contraddittorietà delle deduzioni e delle domande svolte in questo giudizio dalla Ruberto, atteso che se la stessa avesse inteso effettivamente sciogliersi dalla propria offerta nei confronti della provincia di Mantova, avrebbe potuto evitare di rinunciare ai lavori dedotti al punto 4.3 dell'atto d'appello, facendo seguito a tale supposta volontà, mentre nel caso contrario si giunge alla prova che la stessa società non è in grado di eseguire contemporaneamente i due contratti in questione, per ragioni attinenti esclusivamente alla propria sfera aziendale, in questo caso dovendosi anche in questo caso escludere la riconducibilità causale del pregiudizio lamentato alla condotta dell'amministrazione;

d) il mancato utile attiene all'interesse positivo proprio della responsabilità contrattuale ed è ristorabile in caso di illegittima privazione dell'aggiudicazione, che in questo caso è la stessa pretesa danneggiata a rifiutare.

11. L'appello deve in conclusione essere respinto, conseguendo da ciò la conferma della sentenza appellata.

11.1 Il collegio reputa peraltro di dovere rendere alcuni chiarimenti in relazione a quanto affermato dalla Provincia di Mantova nella propria memoria conclusionale ed al fine dunque di specificare quale sia il vincolo

conformativo discendente dalla presente pronuncia.

L'amministrazione sostiene infatti di essere legittimata all'escussione della garanzia provvisoria.

Ciò non può tuttavia essere sostenuto con riguardo al rifiuto opposto dalla Ruberto di addivenire alla stipulazione del contratto.

Da un lato, infatti, tale assunto si pone in contrasto con il giudicato interno formatosi per effetto della mancata impugnazione del capo con cui il TAR ha accolto l'impugnativa di primo grado avverso la nota dell'11 settembre 2012.

Dall'altro lato, analogo contrasto è ravvisabile con quanto ora sopra osservato, anche in questo caso con effetto di giudicato, in relazione all'infruttuoso spirare del termine perentorio imposto all'amministrazione dall'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 per addivenire all'aggiudicazione definitiva. Dovendo infatti lo stesso essere imputato alla Provincia appellata, come visto sopra, è conseguentemente escluso che la stipulazione del contratto sia mancata *"per fatto dell'affidatario"*, ai sensi dell'art. 75, comma 6, d.lgs. citato.

12. Le spese possono essere integralmente compensate in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

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

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/07/2013

IL SEGRETARIO

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