

N. 06000/2013REG.PROV.COLL.
N. 01320/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1320 del 2013, proposto da:

Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Diego Vaiano, Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Commissario delegato al sisma 1997, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Protezione Civile;

nei confronti di

Prima Appalti Srl, in proprio e quale mandataria Ati, Ati Bmt Appalti Srl e in proprio, Ati Ediltech Lavori Srl e in proprio, Presidente Provincia di Rieti - Commissario delegato sisma 1997, Provincia di Rieti - Settore V - ex Ufficio Commissario sisma, Provincia di Rieti;

per ottenere l'esecuzione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. IV n. 05340/2012,

resa tra le parti, concernente affidamento lavori di riparazione e miglioramento sismico - ris. danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Commissario delegato al sisma 1997;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2013 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati Diego Vaiano e l'Avvocato dello Stato Stigliano Messut;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR del Lazio l'impresa di costruzioni Lucci Salvatore impugnava il decreto 2 luglio 2010 n. 60, con il quale il Presidente della Provincia di Rieti, quale Commissario delegato al sisma 1997, aveva approvato gli atti di gara ed aggiudicato definitivamente - in favore della ATI costituita tra le società Prima Appalti s.r.l., BMT Appalti s.r.l. e Ediltech Lavori s.r.l. - lavori di riparazione e miglioramento sismico dell'immobile Caserma dei Carabinieri sito nel Comune di Rieti. In detta procedura, la ricorrente risultava seconda classificata nella graduatoria di gara.

1.1.- Con la sentenza n.37977/2010 il TAR respingeva il ricorso, affermando in particolare che:

- ai sensi dell'art. 49, co. 6, d. lgs. n. 163/2006, "può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per categoria di qualificazione ciascuna impresa facente parte del costituendo raggruppamento", di modo che il termine "concorrente", utilizzato dalla norma, deve "riferirsi non al raggruppamento nel suo complesso ma alle singole imprese che lo costituiscono";

- ciò in quanto, già “da un punto di vista letterale”, il concorrente “non è l’operatore economico che ha presentato l’offerta o che si è candidato all’aggiudicazione, ma è l’impresa che, da sola o insieme ad altre imprese, compete con le altre imprese di gara”;
- inoltre, “se la normativa consente al concorrente singolo che si avvalga di una sola impresa per una determinata categoria di qualificazione di soddisfare la richiesta di attestazione della certificazione SOA per mezzo dell’attestazione del soggetto di cui si è avvalso, è logico ritenere che ciascuna impresa costituente il raggruppamento possa avvalersi dei requisiti e dell’attestazione di un’unica impresa per la quota di lavori, relativi ad una determinata categoria di qualificazione, che si è impegnata ad eseguire”;
- risulta rispettata la previsione dell’avviso di gara che dispone che “la polizza dovrà essere intestata a tutte le imprese facenti parte dell’associazione, pena l’esclusione”, posto che dalla documentazione prodotta in giudizio si evince che “sebbene la pagina iniziale della polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria, a prescindere dalla apposizione di sottoscrizione anche per le due imprese mandanti, rechi come contraente obbligato principale la sola Prima Appalti – l’appendice di precisazione, che forma parte integrante della polizza ed è anch’essa sottoscritta da tutte e tre le imprese”, indica come contraenti tutte e tre le imprese riunite in associazione;
- in sede di gara, l’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa “discende dalla valutazione comparativa di più fattori previamente e discrezionalmente individuati dalla stazione appaltante e resi noti nel bando di gara ed il principio del miglior rapporto qualità/prezzo va inteso nel senso che, ad un certo prezzo, la stazione appaltante dovrebbe individuare la prestazione che presenta i migliori aspetti qualitativi, laddove è intuitivo che, al crescere del rilievo attribuito all’elemento prezzo, decresce il rilievo attribuito agli elementi qualitativi”. Da quanto esposto consegue

che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa "svincola l'aggiudicazione da un criterio meccanico ed attribuisce all'amministrazione un potere fortemente discrezionale, sub specie di discrezionalità tecnica". Da ciò consegue "l'esigenza di garantire una valutazione delle offerte il più possibile ancorata a criteri e parametri predeterminati, univoci ed obiettivi, nel rispetto del principio di par condicio tra le imprese concorrenti e di imparzialità dell'azione amministrativa"", e ciò anche al fine di garantire il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere amministrativo. Nel caso di specie, la stazione appaltante ha fornito in sede di avviso di gara "un'analitica descrizione dei criteri e sub criteri in base ai quali attribuire il punteggio per l'offerta tecnica".

2.- Avverso tale decisione, l'impresa Lucci proponeva appello innanzi a questo Consesso, sostenuto dai seguenti motivi :

a) erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il I motivo di ricorso, poiché occorre ritenere che l'art. 49, co. 6, d. lgs. n. 163/2006, consente che, in caso di partecipazione alla gare di appalto da parte di un raggruppamento temporaneo, è quest'ultimo nel suo complesso a potersi avvalere di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione e non già ogni impresa partecipante al medesimo raggruppamento (come si evince anche dall'espressione "concorrente singolo, raggruppato o consorziato", utilizzata dal citato art. 49);

b) erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha respinto il II motivo di ricorso, poiché – essendosi le singole imprese ausiliarie impegnate esclusivamente nei confronti delle singole imprese cui esse hanno prestato i propri requisiti - esse "non potrebbero essere chiamate a rispondere nel caso in cui la responsabilità di eventuali negligenze sia riconducibile all'attività di partecipanti all'ATI diverse rispetto a quelle nei cui confronti si sono direttamente obbligate";

c) erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il III motivo di

ricorso, poiché vi è stata violazione dell'art. 75 d. lgs. n. 163/2006 in quanto non è stata presentata una polizza intestata a tutte le imprese facenti parte dell'associazione (punto 14 avviso di gara), dato che la polizza presentata dall'ATI "risulta intestata nella parte della scheda tecnica relativa al "contraente (obbligato principale) esclusivamente alla Prima Appalti", ed inoltre essa "non contiene nella relativa intestazione alcuna indicazione della natura collettiva della partecipazione alla gara";

d) erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il V motivo di ricorso, poiché la commissione giudicatrice "ha completamente omesso di motivare i punteggi attribuiti alle varie offerte tecniche, nonostante la genericità dei criteri individuati nella lex specialis rendesse necessaria tale attività al fine di rendere comprensibile (e sindacabile) l'iter logico argomentativo seguito dai commissari".

2.1- Con la sentenza epigrafata (sez. IV, n.5340/2012) il Consiglio di Stato, preliminarmente rigettate le eccezioni di inammissibilità del ricorso di I grado per difetto di interesse, avanzate dalle società appellate, accoglieva il gravame (ritenendo fondati il primo ed il terzo motivo d'appello) e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglieva il ricorso di I grado, con conseguente annullamento degli atti con lo stesso impugnati. La decisione non accoglieva invece la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e del diritto dell'appellante al subentro nello stesso, data la genericità dei rilievi mossi al riguardo e la mancanza dello stato di avanzamento dei lavori. La sentenza manteneva comunque ferma l'esperibilità, sussistendone le condizioni, dell'azione prevista dall'art, 112, comma 3, del c.p.a..

3.- L'impresa Lucci notificava la sentenza alle controparti, chiedendo, con successiva nota inviata alla stazione appaltante, di valutare la possibilità di essere affidataria della parte residua dei lavori ovvero di mantenere il contratto in essere, con conseguente necessità di risarcire per equivalente

monetario il pregiudizio subito. Seguiva altra corrispondenza, ma l'impresa istante non riceveva alcun riscontro, sicchè, con l'odierno ricorso, proposto ai sensi dell'art. 112, comma 3, del c.p.a., adiva questo Consiglio per ottenere il risarcimento dei danni.

Successivamente alla proposizione del ricorso la ricorrente riceveva dalla Provincia di Rieti una proposta di ipotesi di subentro che riteneva tuttavia di non poter accettare (note 24 aprile e 7 giugno 2013) insistendo quindi nel ricorso proposto.

3.1- Si è costituito nel giudizio il Commissario delegato al sisma del 1997 resistendo al ricorso; alla camera di consiglio del 2 luglio 2013, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso in esame, che domanda il risarcimento per equivalente di danno da illegittima aggiudicazione di appalto per lavori, è proposto nella sede dell'ottemperanza e nella forma introdotta dall'art. 112 c.p.a., comma 3 (come modificato dal d.leg.vo n.195/2011) e si inserisce in una fattispecie in cui l'aggiudicazione dei lavori ad altra impresa è stata annullata, con sentenza passata in giudicato, senza dare luogo tuttavia né alla rimozione del contratto stipulato con l'aggiudicataria, né al subentro nel medesimo nell'esecuzione della parte ancora da eseguire, da parte della ricorrente odierna, seconda classificata.

Muove l'impresa istante anzitutto dal tenore della disciplina comunitaria in materia di risarcimento del danno in parola (CE n.66/2007), come esplicitata, in assenza di norme interne, dalla giurisprudenza amministrativa ed in particolare dalla sentenza di accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione dell'appalto in questione ad altra ditta (v. Cons. di Stato, sez. IV, n.5340/2012); argomenta la ricorrente che qualunque sia la ragione dell'oggetto del risarcimento monetario richiesto a mancata esecuzione della predetta pronunzia, quel che conta è la lesione stessa della posizione

sostanziale, senza che assuma alcuna rilevanza l'elemento soggettivo della condotta, colposa o meno, dell'amministrazione nella vicenda.

Il ricorso è meritevole di accoglimento, con le precisazioni che seguono e previa breve sintesi dello stato della materia.

a) – Iniziando dal rapporto tra fonte comunitaria ed ordinamento interno, non può dubitarsi che il precetto UE, che impone il risarcimento del danno prescindendo dalla colpa, venga a prevalere su differente disposizione nazionale regolante la materia (o sua interpretazione contraria); e ciò sia per la forza giuridica ormai acquisita dalle fonti comunitarie rispetto al diritto interno, sia per il sopraggiungere di una normativa interna di specifica tutela processuale amministrativa, costituita dall'art. 30, comma secondo, del c.p.a e, più incisivamente, da un lato mediante azione risarcitoria ordinaria entro termine (art.30, terzo comma, c.p.a.) e dall'altro nella forma dell'ottemperanza a sentenza che si sia limitata ad annullare l'aggiudicazione (art.112, comma 3, c.p.a., quale modificato dal decreto n.195/2011), come nel caso in esame. Ciò in quanto la regola comunitaria, (espressa invero sin dal 1996 CGE 5.3.1996, e riaffermata da ultimo da CGUE C-n. 314/09), ritiene la tutela risarcitoria di cui si tratta effettivamente efficace solo ove essa non debba realizzarsi previo superamento di ostacoli alla diretta applicazione dei principi e delle finalità guida del Trattato UE in materia di concorrenza e non discriminazione.

Nel senso della non necessità della colpa dell'amministrazione, agli effetti della sua responsabilità per illegittima aggiudicazione, si è anche recentemente espressa la giurisprudenza amministrativa, osservando essa, in stretta applicazione dei cennati principi comunitari regolanti il settore, che “nelle gare d'appalto pubblico non può gravare sul danneggiato l'onere di provare che il danno derivante dal provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza di una colpa dell'amministrazione” (Cons. di Stato, sez.V, n.5686/2012; v. anche, tra le altre, sez.III, n.3437/2013 e

ancora sez. V, n.1833/2013).

b)- Segue come corollario a quanto sopra che il carattere di specialità rivestito dal cennato complesso normativo in materia realizza una deroga ai principi della responsabilità aquiliana (che in via generale postula la sussistenza di tutti presupposti previsti dall'art. 2043), individuandosi la possibilità del risarcimento sulla base della sola antigiuridicità della condotta amministrativa, costituita dal provvedimento amministrativo di aggiudicazione, colpito da sentenza di annullamento. Ovviamente, in quanto operanti oltre l'art. 2043, restano applicabili alla domanda risarcitoria tutti gli altri principi civilistici, quali ad esempio il divieto di arricchimento (v. infra, punto 2.1).

c)- Sempre con riferimento alle norme processuali interne, sussistono, poi, riflessi con riguardo all'interesse azionato dalla pretesa risarcitoria nelle fasi sia di proposizione della tutela, che della sua realizzazione per via giurisdizionale. Ed invero, sotto il primo aspetto, l'azione risarcitoria, ad avviso del Collegio, non può prescindere dalla collocazione in graduatoria di gara in una posizione qualificata e certa, nel senso che, in mancanza della illegittima aggiudicazione alla prima classificata, avrebbe potuto effettivamente dare luogo all'aggiudicazione in favore dell'impresa seconda classificata. Ciò è ravvisabile certamente nei casi in cui l'impresa istante risulti collocata al secondo posto e, nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione, non possa conseguire l'aggiudicazione ed il contratto per effetto di varie ed articolate disposizioni (artt.121 e 122 c.p.a.); dubbi, in proposito, potrebbero invece insorgere in casi (che sono però fuori dal presente giudizio) di annullamento di aggiudicazione per difetto di motivazione o vizi del procedimento.

In ordine al secondo profilo, va osservato che l'interesse azionato, proprio in quanto oggettivo, non può ritenersi soddisfatto del giudicato di annullamento in forza semplicemente del suo carattere auto-esecutivo (v.

Cons. di Stato, sez. V, n. 799/2013); in questo senso soccorrono peraltro i principi elaborati in tema di interessi pretensivi e soprattutto di effetti conformativi del giudicato, i quali indicano la necessità che, in conseguenza dell'annullamento, si pervenga ad una attuazione della relativa pronuncia tendente a realizzare concretamente il bene sostanziale perseguito dall'azione giurisdizionale, nella fattispecie, o disponendo l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente collocatasi nella suddetta posizione o, in subordine, attuando il rimedio risarcitorio, mirante tipicamente a surrogare detta effettività.

d)- Non ultime, emergono rilevanti correlazioni e distinzioni sul versante della prova della responsabilità complessiva, come delle varie voci di danno che la compongono; va sul punto osservato che, accanto al già esposto orientamento, secondo cui l'impresa danneggiata non è tenuta a provare la colpa, esistono distinzioni in relazione alle varie tipologie dannose, registrandosi tematiche su cui è richiesta una rigorosa prova del danno ed altre sulle quali, pur non richiedendosi un preciso impegno probatorio in tema di colpa, si ritengono sufficienti le regole di comune esperienza e la presunzione semplice di cui all'art. 2727 codice civile (Cons. di Stato, sez.V, n.5846/2012), con ciò attenuando in qualche modo il carattere oggettivo che ispira il principio comunitario.

2.- Acclarata la presenza e la portata dei presupposti generali per accogliere la domanda risarcitoria, occorre valutare le singole voci di danno in cui essa si articola.

2.1.- Contrariamente a quanto sostenuto da parte istante, non può essere riconosciuto il "danno emergente" per spese sostenute al fine di partecipazione alla gara. Premesso che nessuna motivazione in diritto espone sul punto la ricorrente, il Collegio condivide l'orientamento contrario già espresso, e dal quale non sussistono ragioni per discostarsi, per cui il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione "è funzionale

al ristoro dell'interesse positivo, che consiste nel mancato conseguimento delle utilità economiche cheavrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto posto a gara. Per contro, le spese sostenute per partecipare a quest'ultima costituiscono poste risarcibili nell'ambito del c.d. interesse negativo, azionabile in ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice (ad es. in caso di illegittima revoca dell'aggiudicazione o ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto).....; ad opinare in contrario si giungerebbe infatti ad arricchire il danneggiato, in palese violazione della funzione reintegratoria del rimedio risarcitorio” (v. recentemente Cons. di Stato, sez. V, n.799/2013 e sez.III, n.3437/2013; in precedenza, v. sez. V,n.2967/2008).

2.2.- Si richiede poi il riconoscimento della perdita dell'utile che l'impresa avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione ed esecuzione dei lavori, da quantificarsi nell'importo del 10% dell'importo dei lavori (non indicato a base d'asta) offerto dalla ricorrente. Il Collegio non ritiene, però, di potere accedere alla richiesta. Il criterio di liquidazione forfettario-equitativo del lucro cessante, nella misura del 10 % (basatosi sull' art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F.) è stato inizialmente applicato dalla giurisprudenza, ma successivamente abbandonato dagli orientamenti più recenti (v. Cons. di Stato, sez. V, n. 2967 del 2008 e n. 8549/2010; sez. VI, n. 3144 del 2009 e n. 8646 del 2010), “affermandosi in sua vece l'onere dell'impresa di una prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che essa avrebbe conseguito qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto (Cons. Stato, V, 6 aprile 2009, n. 2143; 17 ottobre 2008, n. 5098; 5 aprile 2005, n. 1563; VI, 4 aprile 2003, n. 478)” (Cons. di Stato, sez.V, n.5846/2012).

2.3.- Va invece accolta la richiesta (nella misura 5% dell'importo offerto per lavori) per danno alle potenzialità dell'impresa, il c.d. “danno curriculare”. Tale voce ha già trovato riconoscimento nella giurisprudenza amministrativa (v. ad es. Cons. di Stato, sez. V, n.5846/2012, cit.),

considerato l'oggettivo mancato incremento dell'esperienza dell'impresa e conseguentemente del miglioramento delle opportunità rispetto alle gare future.

2.4.- Complessivamente, sulla base degli elementi forniti dalla ricorrente e non contestati, devono essere riconosciuti all'impresa Lucci unicamente - Euro 102.398,99 per il danno curriculare.

2.5.- Sul predetto importo, secondo principi pacifici, va infine corrisposta la maggior somma tra interessi corrispettivi e rivalutazione monetaria, a partire dalla data del ricorso oggi deciso e sino al saldo effettivo della somma principale.

3.- Conclusivamente, il ricorso deve essere accolto, a conferma della sentenza epigrafata e nei limiti sopra indicati, con conseguente condanna dell'Amministrazione appaltante al pagamento delle somme corrispondenti, come sopra identificate.

4.- Sussistono giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese del giudizio, attesa la complessità delle questioni in materia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, accoglie la domanda di dare ottemperanza al giudicato di cui alla sentenza n. 5340/2012 e, per l'effetto, condanna il Presidente della Provincia di Rieti, quale amministrazione commissariale delegata al sima del 1997, al risarcimento dei danni, in favore della s.r.l. impresa di costruzioni Lucci Salvatore, che liquida in Euro 102.398,99 (centoduemilatrecentonovantotto/99), oltre al pagamento delle somme accessorie, come in motivazione.

Dichiara interamente compensate tra le parti costituite le spese della presente fase di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2013 con

l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2013

IL SEGRETARIO

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