

N. 02448/2014REG.PROV.COLL.
N. 08916/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 8916 del 2012, proposto da:
Comune di Cariati, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Oreste Morcavallo, con domicilio
eletto presso il suo studio, in Roma, via Arno, n. 6;

contro

R.T.I. costituito dalla ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo
(in proprio e quale impresa mandataria), in persona del titolare, e dalla
Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l. (in proprio e nella qualità di mandante), in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi
dagli avv. Antonio Bifulco e Domenico Gentile, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Domenico Galli in Roma, piazza della Croce
Rossa, n.2/C;

nei confronti di

R.T.I. costituito dalla ditta individuale Bruno Serafino (in proprio e

quale mandataria capogruppo) e dalla Società Elettrica Sud s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sezione I, n. 1052/2012, resa tra le parti, nella parte in cui è stato accolto il ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti relativi alla aggiudicazione al R.T.I. costituito dalla ditta individuale Bruno Serafino e dalla Società Elettrica Sud s.r.l dei lavori per la realizzazione dell'opera denominata "Mercato Ittico Comunale e servizi di banchina molo sopraflutto – lotto n. 1", ferma restando l'efficacia del contratto già stipulato con detta A.T.I. e con condanna del Comune di Cariati al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del R.T.I. costituito dalla ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo e dalla Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l. ;

Vista la memoria prodotta dalla parte resistente a sostegno delle proprie difese;

Vista la propria ordinanza 5 febbraio 2013 n. 447;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2013, il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, per delega dell'avvocato Morcavallo, e Bifulco;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Cariati ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di realizzazione dell'opera denominata "Mercato ittico Comunale e servizi di banchina molo sopraflutto – lotto n. 1", prevedendo, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso ai sensi del d.Lgs. n. 163/2006.

All'esito delle operazioni di gara, risultava primo in graduatoria il R.T.I. costituito dalla ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo e dalla Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l..

Con determinazione n. 659 del 25.11.2011 detto Comune, avendo rilevato la mancata esclusione di tre imprese prive di qualificazione nella categoria OG11 (che nemmeno avrebbero fatto ricorso all'avvalimento o alla costituzione di un'A.T.I.), nonché acquisito il parere al riguardo dell'A.V.C.P., ha disposto l'annullamento del verbale di gara dell'11.10.2011, dell'aggiudicazione provvisoria della stessa a detto R.T.I., della lettera di invito alla procedura negoziata, nonché l'indizione di una nuova procedura di gara e la trasmissione di una nuova lettera di invito alla procedura negoziata per l'affidamento di detti lavori.

Detti ultimi provvedimenti, unitamente alla relativa nota di comunicazione prot. n. 16117/11 del 2.12.2011, sono stati impugnati con ricorso giurisdizionale al T.A.R. Calabria, Catanzaro, dal R.T.I. costituito dalla ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo e dalla

Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l., corredato da motivi aggiunti per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lavori in favore dell'A.T.I. tra la ditta individuale Bruno Serafino e Elettrica Sud s.r.l., comunicato con nota prot. 0358 del 25.1.2012.

Con ordinanza n. 126 dell'8 marzo 2012 detto T.A.R. ha concesso la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

In forza di detta ordinanza, il Comune di Cariati ha adottato il provvedimento n. 101 del 19.3.2012, con il quale ha revocato la citata determinazione n. 659/2011, di annullamento in autotutela della prima gara, nonché tutti gli atti della seconda gara, disponendone l'aggiudicazione provvisoria in favore del R.T.I. tra la ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo e la Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l., successivamente divenuta definitiva con provvedimento n. 153/2012.

Avverso detta ordinanza cautelare n. 126/2012 l'A.T.I. tra la ditta individuale Bruno Serafino e Elettrica Sud s.r.l. ha proposto appello al Consiglio di Stato, che ha accolto il gravame con ordinanza n. 2022/2012.

Il Comune resistente, con provvedimento n. 202 del 30.5.2012, preso atto di detta ordinanza del Consiglio di Stato, ha revocato la determinazione n. 101/2012 e la successiva determinazione n. 153/2012 di aggiudicazione definitiva e ha disposto sia l'assegnazione di nuova efficacia alla citata determinazione n. 659/2011 e alla determinazione n. 8/2012 (avente ad oggetto aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. tra la ditta individuale Bruno Serafino e Elettrica Sud s.r.l.), sia l'immediata ripresa dei lavori, "medio

tempore” sospesi a seguito del citato provvedimento cautelare del T.A.R..

Il R.T.I. tra la ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo e la Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l. ha impugnato con motivi aggiunti la citata determinazione n. 202/2012 del Comune di Cariati, ribadendo censure già espresse nei precedenti atti difensivi.

Il T.A.R. Calabria, con la sentenza in epigrafe indicata, ha accolto il ricorso e, ferma restando l'efficacia del contratto già stipulato con detta A.T.I., ha condannato il Comune al risarcimento dei danni per equivalente.

Con il ricorso in appello in esame il Comune di Cariati ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

1.- Motivazione erronea, illogica e contraddittoria. Errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto.

Legittimamente il Comune aveva disposto l'annullamento in autotutela della procedura negoziata, cui avevano partecipato imprese sprovviste della categoria OG11 e quindi non in possesso dei requisiti per svolgere il 70% dei lavori non subappaltabili.

Inoltre è erronea la condanna del Comune al risarcimento del danno per equivalente, non sussistendo il presupposto elemento soggettivo della colpa o del dolo, e non essendo comunque consentita la quantificazione del danno con il criterio equitativo, che è applicabile solo in caso di impossibilità o di estrema difficoltà di dimostrazione della sua esatta misura.

Con atto depositato il 2.2.2013 si è costituito in giudizio il R.T.I. costituito dalla ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo e dalla Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l., che ha eccepito la inammissibilità per genericità dell'appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la conferma della impugnata sentenza.

Con ordinanza 5 febbraio 2013 n. 447 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della sentenza impugnata, considerato che, ad un primo sommario esame, apparivano sussistere elementi di fondatezza dell'appello con riguardo alla non scomponibilità della categoria OG11.

Con memoria depositata il 25.10.2013 la parte resistente ha ribadito la infondatezza dell'appello.

Alla pubblica udienza del 12.11.2013 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, formulata dal Comune di Cariati, di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato accolto il ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti relativi alla aggiudicazione al R.T.I. costituito dalla ditta individuale Bruno Serafino e dalla Società Elettrica Sud s.r.l dei lavori per il realizzo dell'opera denominata "Mercato Ittico Comunale e servizi di banchina molo sopraflutto – lotto n. 1", e, ferma restando l'efficacia del contratto già stipulato con detta A.T.I., è stato condannato il Comune al risarcimento dei danni

in favore del R.T.I. costituito dalla ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo e dalla Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l..

2.- Con l'unico, complesso, motivo di appello è stata dedotta in primo luogo la indivisibilità della sentenza perché la categoria OG11, che doveva essere posseduta e dimostrata dai concorrenti, avrebbe dovuto essere considerata unitariamente, sicché anche la soglia del 15%, di cui al comma 11 dell'art. 37 del d. lgs, n. 163/2006, al di sopra della quale la legge consente il subappalto (nei limiti del 30% dell'importo posto a base di gara), avrebbe dovuto essere complessivamente valutata; pertanto l'originario invito alla procedura negoziata sarebbe stato illegittimo e correttamente il Comune aveva disposto l'annullamento in autotutela della procedura negoziata, cui avevano partecipato imprese sprovviste di detta categoria e quindi non in possesso dei requisiti per svolgere il 70% dei lavori non subappaltabili.

2.1.- Innanzi tutto il Collegio deve escludere la fondatezza della eccezione di inammissibilità di dette censure per genericità, formulata dal resistente il R.T.I. costituito dalla ditta individuale Costruzioni Torchia Cataldo e dalla Tecnoimpianti C.R.E. s.r.l., nell'assunto che non conterrebbero effettive contestazioni nei confronti delle specifiche argomentazioni poste dal T.A.R. a fondamento della sua decisione.

L'atto di appello contiene infatti dalla pagina 8 alla pagina 10 perspicue argomentazioni che, nel sostenere la validità di tesi circa la qualificazione della OG11 del tutto contrastanti con quelle in

proposito formulate dal primo Giudice, definite illogiche, ne costituiscono adeguata contestazione.

2.2.- Osserva nel merito la Sezione che la lettera di invito fissava l'importo complessivo dell'appalto, compresi gli oneri di sicurezza, in euro 982.915,21, così suddivisi: categoria OG1, classifica III, euro 787.537,64, di cui euro 9.234,40 per oneri di sicurezza; categoria OG11, classifica I, euro 195.337,57, di cui euro 2.290,40 per oneri di sicurezza, pari al 19% del totale. Tale ultima categoria, come emerge dal capitolato speciale d'appalto, era, a sua volta, composta da tre opere specialistiche, ciascuna di importo inferiore al 15% del totale (OS 30 impianti elettrici; OS 28 impianti termici e climatizzazioni; OS 3 impianto idrico), ma nel complesso superiori.

L'art. 37, comma 11, del d. lgs. n. 163/2006 stabilisce che *“Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo*

stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo.”

Il T.A.R., prendendo le mosse dalla premessa che, se è vero che l'originario invito non prevedeva espressamente la scomposizione della categoria in questione, comunque la scomposizione risultava dagli allegati a detto invito (in particolare dal capitolato speciale d'appalto e dal computo metrico), oltre che da una attestazione del direttore dei lavori, ha sciolto il problema se detta soglia del 15% dell'importo complessivo dei lavori dovesse intendersi riferita alla categoria generale complessivamente considerata, ovvero alle singole e distinte lavorazioni specialistiche incluse nella medesima, nell'assunto che l'art. 72, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999 non prende in considerazione la categoria OG11, ma le singole opere specializzate ed inoltre che detto comma 11 dell'art. 37 del d. lgs, n. 163/2006 prevede che i limiti per il subappalto operino per una o più opere di alta specializzazione. In conclusione, secondo il Giudice di primo grado, per ritenere legittimo il limite al subappalto era necessario che la stazione appaltante verificasse se le singole opere rientranti nella categoria OG11 singolarmente considerate superassero il 15 % dell'importo totale dei lavori, il che nel caso di specie non è avvenuto, con la conseguenza che l'originario invito alla procedura de qua per cui è causa non era illegittimo.

Ritiene invece il Collegio che fondamentale, ai fini della soluzione della questione se il limite del 15% dell'importo complessivo dei lavori debba intendersi riferito alla categoria generale

complessivamente considerata o alle singole e distinte lavorazioni specialistiche incluse nella medesima, sia proprio il tenore della legge di gara, che non prevedeva affatto la scomposizione di detta categoria OG11 in singole lavorazioni specialistiche (OS30 impianti elettrici; OS28 impianti termici e climatizzazioni; OS3 impianto idrico) corrispondenti alle lettere b), d) ed e) dell'art. 72, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999 (che elenca le opere specializzate considerate speciali), altrimenti avrebbe richiesto il possesso della certificazione in dette categorie specialistiche e non nella OG11, che ne costituisce il compendio.

Infatti nella lettera di invito alla procedura negoziata di cui trattasi è indicato, alla prima pagina, solo che i gruppi di lavorazione omogenei e le categorie contabili sono la "Prevalente OG1" e la "Scorporabile OG11"; alla terza pagina è affermato che "Nel caso di concorrenti non in possesso dell'attestazione SOA nella categoria scorporabile, possono qualificarsi mediante avvalimento, oppure concorrere in A.T.I. (verticale) con impresa qualificata in OG11"; infine, alla quinta pagina, è indicata, tra i documenti da inserire nella busta "A – Documenti amministrativi", alla lettera "v", la dichiarazione recante la indicazione di "quali lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente nonché appartenenti alle categorie diverse dalla prevalente intende, ai sensi dell'articolo 118 e 122 del D. lgs 12.04.2006 n. 163 e 170 del d.P.R. 207/2010, eventualmente subappaltare o concedere a cottimo oppure deve subappaltare o concedere a cottimo per mancanza di specifiche qualificazioni", con la precisazione che "le lavorazioni delle

categorie “OG1” (prevalente) sono subappaltabili nella misura massima del 20%” e “le lavorazioni della categoria “OG11” (scorporabile) sono subappaltabili nella misura del 30%”. In nessuna altra parte della lettera di invito è prevista la scomposizione di detta categoria OG11 in dette tre distinte sub categorie.

Va invero osservato in proposito che nelle procedure ad evidenza pubblica, le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine agli adempimenti cui è tenuto il soggetto partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la “par condicio” dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (Consiglio di Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811); conseguentemente il disciplinare deve essere interpretato in conformità con quanto statuito nel bando di gara, atteso che le disposizioni ivi contenute sono chiamate ad integrare, e non a modificare, quelle del bando e, in caso di contrasto, prevalgono le disposizioni di quest'ultimo (Consiglio di Stato, sez. III, 11 luglio 2013, n. 3735).

A nulla vale quindi che, come si assume nella sentenza appellata, il capitolato speciale d'appalto ed il computo metrico, oltre che una attestazione del progettista e una richiesta di parere formulata alla A.V.C.P. facessero riferimento alle singole lavorazioni, essendo essi, come del resto espressamente affermato nella nota di riscontro a detta

richiesta della Autorità n. 0115367 del 18.11.2011 (in cui è asserito “In primo luogo si osserva che la scomposizione della categoria OG11 in tre distinte sub categorie (O53, OS28 e OS30), ognuna del quali di importo inferiore al 15%, non ha rilevanza, in quanto la stessa scomposizione non risulta nella lettera di invito e nei relativi allegati”, destinati solo ad integrare la normativa di gara dettata dalla lettera di invito, le cui disposizioni sono prevalenti, in cui era stato fissato in quali categorie doveva essere posseduta la certificazione senza alcun riferimento alle citate sub categorie.

Stante la valenza di “lex specialis” della lettera di invito nella gara di cui trattasi, ed impossibilità per la commissione giudicatrice di disapplicare il regolamento di gara, deve ritenersi insufficiente a condurre a diversa interpretazione anche la circostanza che l’art. 72, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999 prenda in considerazione, in generale, solo le singole opere specializzate che compongono la categoria OG11, e che il citato comma 11 dell’art. 37 del d. lgs, n. 163/2006 preveda che i limiti per il subappalto operino per una o più opere di alta specializzazione.

Aggiungasi che solo nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall’ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli art. 1374 e 1339 c.c. (Consiglio di Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811).

Poiché quindi dette lavorazioni nel loro complesso superavano il

15% , la categoria OG11 che le compendia poteva essere subappaltata nel limite del 30%, con legittimità dei provvedimenti adottati dal Comune a seguito della ammissione di concorrenti privi della qualificazione in detta categoria OG11 e conseguente infondatezza del ricorso di primo grado proposto per l'annullamento di essi provvedimenti.

3.- Detta decisione comporta l'assorbimento dell'ulteriore motivo di gravame con il quale è stata dedotta l'illegittimità della condanna del Comune al risarcimento del danno per equivalente disposta dal primo Giudice.

All'infondatezza delle censure formulate con il ricorso introduttivo del giudizio non può, infatti, che conseguire l'inaccogliabilità della domanda di risarcimento danni dei quali l'originaria parte ricorrente chiedeva il ristoro, perché non è stato dimostrato il nesso di causalità tra essi danni e l'attività dell'Amministrazione, non potendo essere considerata ingiusta o illecita la condotta da essa tenuta in esecuzione di provvedimenti riconosciuti legittimi (Consiglio Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 965).

4.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va respinto il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R.

5.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il Collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a e 92, comma 2, del 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 in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R..

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 12 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/05/2014

IL SEGRETARIO

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

