

N. 02567/2015REG.PROV.COLL.

N. 09633/2014 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 in appello numero di registro generale 9633 del 2014, proposto da:
Comune di Gioia del Colle in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Gennaro Rocco Notarnicola, con domicilio eletto presso l'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

S.A.D. s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio Lofoco, con domicilio eletto presso s.r.l. Studio Grez e associati in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;
Edil Bat s.r.l. in persona del legale rappresentante, non costituita in questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione II, n. 01157/2014, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione esecutiva dei lavori di ristrutturazione di un immobile comunale da adibire a centro interculturale e sportello per l'integrazione socio – sanitaria - culturale per gli immigrati

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S.A.D. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, decimo comma, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2015 il consigliere Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Fabrizio Lofoco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, rubricato al n. 1061/2013, S.A.D. s.r.l. esponeva di avere partecipato all'appalto integrato indetto dal Comune di Gioia del Colle per la progettazione esecutiva e l'affidamento dei lavori di ristrutturazione di un immobile comunale da adibire a centro interculturale e sportello per l'integrazione socio sanitaria culturale per gli immigrati, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della procedura, la Edil Bat s.r.l. si è classificata al primo posto in graduatoria, col punteggio di 95,55/100, mentre S.A.D. s.r.l. si è classificata al secondo posto, riportando un punteggio pari a 75,35/100.

Con provvedimento prot. 19415 del 16 luglio 2013 il Comune di Gioia del Colle ha quindi disposto l'aggiudicazione definitiva in favore di Edil Bat s.r.l., impugnata con il suddetto ricorso unitamente a tutti i verbali e gli atti di gara per i motivi così riassunti nella sentenza di primo grado:

“1)Violazione artt. 2, 2bis, 3 e 10bis della l. n. 241/90 – violazione par condicio e dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa, per non aver la stazione appaltante riscontrato le istanze di autotutela avanzate dalla ricorrente;

2)Violazione del bando di gara e del disciplinare – violazione artt. 252 e 263 del DPR 207/10 – eccesso di potere per disparità di trattamento – violazione par condicio, illogicità e irrazionalità manifesta nonché erronea presupposizione di fatto, per aver la stazione appaltante aggiudicato la gara alla contro interessata priva dei requisiti tecnici, anziché escluderla, non avendo la Edil Bat espletato negli ultimi 10 anni i servizi tecnici di cui all'art.252 DPR 207/10, come richiesto dalla legge di gara; 3)Violazione art.46 Codice Appalti – eccesso di potere per sviamento, violazione par condicio, erronea presupposizione di fatto, violazione principio di buon andamento e buona amministrazione, per l'asserita possibilità che l'Amministrazione ricorra all'istituto del soccorso istruttorio nei confronti della contro interessata;

4)Violazione del bando e del disciplinare di gara con riferimento all'attribuzione dei punteggi alla contro interessata – eccesso di potere per erronea presupposizione di fatto, in quanto l'aggiudicataria ha progettato l'ascensore collocandolo all'esterno del fabbricato, in violazione di un parametro del progetto preliminare di massima, ciò nonostante conseguendo il punteggio massimo di 10 punti”.

La ricorrente chiedeva pertanto l'annullamento degli atti impugnati nonché l'accertamento del proprio diritto al subentro nell'appalto, previa esclusione di Edil Bat s.r.l. ed infine il risarcimento dei danni subiti e subendi per l'illegittima aggiudicazione.

Con la sentenza in epigrafe, n. 1157 in data 2 ottobre 2014, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione II, dichiarava improcedibile l'azione di annullamento, respingeva la domanda di subentro nel rapporto e condannava il Comune di Gioia del Colle al risarcimento del danno, quantificando in € 39.570,05 con rivalutazione monetaria dalla data della sottoscrizione del contratto di appalto fino alla pubblicazione della stessa sentenza e, successivamente, gli interessi legali fino al soddisfo.

2. Avverso la predetta sentenza il Comune di Gioia del Colle propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 9633/2014, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio S.A.D. s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 17 febbraio 2015.

3. 1. Il Comune appellante contesta la sentenza di primo grado affermando che il primo giudice ha erroneamente interpretato l'art. 263, secondo comma, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Le parti discutono se i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria di cui all'art. 252 dello stesso d.P.R. – in sostanza progettazioni - valutabili al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di esperienza professionale necessari per partecipare a gare d'appalto qualora prestati in favore di privati siano valutabili solo se l'opera progettata è stata in concreto realizzata ovvero se ciò non sia necessario, come non è necessario quando la progettazione è stata commessa da un'amministrazione pubblica.

La controversia è giustificata dalla formulazione della norma della cui applicazione si discute, invero oscura se non contraddittoria.

Conviene riportare integralmente la norma.

“I servizi di cui all' articolo 252 valutabili sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente. Non rileva al riguardo la mancata realizzazione dei lavori ad essa relativi. Ai fini del presente comma, l'approvazione dei servizi di direzione lavori e di collaudo si intende riferita alla data della deliberazione di cui all' articolo 234 , comma 2. Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall'operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell'avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima”.

Il primo giudice ha risolto la controversia sulla base di C. di S., VI, 17 luglio 2014, n. 3663.

Con tale pronuncia la Sesta Sezione ha affermato che:

“Negli appalti integrati la valutazione dei requisiti di capacità economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi al servizio di progettazione, in mancanza di un sistema di qualificazione formale analogo a quello presente per i lavori pubblici, avviene mediante la dimostrazione di avere svolto, in un determinato periodo temporale, specifiche attività indicate dalla legge, dal regolamento e dal bando di gara.

L'art. 263, primo comma, del d.p.r. n. 207 del 2010 elenca alle lettere a), b) e c) quali devono essere i suddetti requisiti facendo riferimento al fatturato globale e all'espletamento di attività di progettazione per servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, di cui all'art. 252 dello stesso decreto, in un dato periodo anteriore alla pubblicazione del bando, demandando alla stazione appaltante di specificare, entro limiti predefiniti, il valore economico rapportato al valore dell'appalto.

Il secondo comma dell'art. 263, che rileva ai fini dell'esame del presente motivo di appello, nell'individuare, tra l'altro, quali sono i servizi di progettazione «attinenti all'architettura e all'ingegneria» valutabili, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnico-organizzativi, indica «quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente». La norma aggiunge che «non rileva al riguardo la mancata realizzazione dei lavori ad essa relativi».

Lo stesso secondo comma prosegue disponendo che: «sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall'operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell'avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima».

La disposizione da ultimo riportata, come risulta all'esito di una interpretazione letterale e teleologica, contiene due diversi precetti.

Il primo precetto riguarda i servizi di progettazione che, inseriti nell'ambito di una procedura amministrativa, siano stati formalmente «approvati» dal committente pubblico che, ad esempio, si è determinato nel senso di aggiudicare la gara al soggetto cui quei servizi si riferiscono. In questo caso non rileva che successivamente all'approvazione i lavori relativi alla progettazione non siano stati realizzati.

Il secondo precetto riguarda i servizi di progettazione svolti per conto di un committente privato. In questo caso i lavori connessi alla progettazione devono essere stati eseguiti.

La differenza di trattamento normativo rinviene la sua giustificazione nella diversità soggettiva dei destinatari dei servizi di progettazione: da una parte, la pubblica amministrazione che, in qualità di committente pubblico, offre garanzie di certificazione anche in mancanza della concreta attuazione del progetto; dall'altra parte, il committente privato che assicura un livello analogo di garanzie soltanto nel caso in cui il progetto abbiano ricevuto concreto svolgimento mediante l'esecuzione dei lavori.

In definitiva, la stazione appaltante, al fine di accertare il possesso della capacità tecnica dell'operatore economico che partecipa alla gara, può valutare i servizi di progettazione «approvati» da un'altra stazione appaltante ovvero i servizi di progettazione «eseguiti» per conto di un committente privato.”

Il Collegio non ignora il fatto che l'orientamento appena richiamato è stato posto in discussione da questa Quinta Sezione con la sentenza 10 febbraio 2015, n. 692.

Con tale pronuncia la disposizione in commento è stata interpretata in senso diametralmente opposto valorizzando il fatto che la norma consente all'operatore economico di dimostrare “l'avvenuta esecuzione” mediante – tra l'altro – il

contratto e le fatture relative alla prestazione, atti che per loro natura non consentono di accertare l'avvenuta realizzazione dell'opera progettata.

Il Collegio non ritiene di poter seguire tale orientamento.

Invero, i primi tre periodi del comma, fino alle parole "articolo 234, comma 2" palesemente si riferiscono al caso in cui i servizi di cui si tratta sono svolti in favore di committenti pubblici.

Infatti, la disposizione continua, nel successivo periodo, affermando disgiuntivamente che "sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati".

Quindi il comma nei primi tre periodi detta la disciplina in base alla quale i servizi svolti per committenti pubblici possono essere riconosciuti come indici di affidabilità professionale in vista della partecipazione alle gare pubbliche.

I successivi periodi individuano le condizioni che consentono di dare rilievo a servizi svolti in favore di committenti privati.

Questi ultimi sono qualificanti a condizione che vengano prodotti:

a) o certificati di buona e regolare esecuzione, rilasciati dai committenti privati;

b) o dichiarazione dell'operatore economico, e documentazione di quanto dichiarato, su richiesta della stazione appaltante.

Il contenuto di tale dichiarazione è chiarito nel prosieguo del comma.

Quest'ultimo precisa che la documentazione da depositare deve contenere la "prova dell'avvenuta esecuzione".

Questo è il centro della disposizione; la norma impone di provare l'avvenuta esecuzione, ed individua i modi attraverso i quali può essere fornita tale, necessaria, prova.

E' bene precisare che la norma non può riferirsi all'avvenuta esecuzione dell'incarico di progettazione; invero, sarebbe ipotesi di scuola affermare che tale procedura serve a prevenire il falso relativo all'avvenuta predisposizione del progetto dichiarato.

La norma non può avere significato diverso da quello dell'individuazione dei presupposti perché il progetto, esistente, possa essere considerato come elemento qualificante per la partecipazione a gare pubbliche.

In tale quadro, la norma è davvero univoca (nella sua generale oscurità) nell'indicare l'avvenuta esecuzione come il fatto da dimostrare a richiesta della stazione appaltante.

I contratti e le fatture ivi indicate, quindi, devono intendersi come relativi all'esecuzione dell'opera.

Gli stessi sono in citati in quanto, in taluni casi, sono gli unici documenti che consentano di giungere a tale dimostrazione, soprattutto qualora l'opera è stata realizzata senza necessità di autorizzazioni pubbliche.

In conclusione, afferma il Collegio che l'art. 263, secondo comma, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, deve essere interpretato nel senso che i servizi di cui al precedente art. 252 sono valutabili come titoli professionali qualificanti per la partecipazione a gare pubbliche anche se l'opera progettata non è stata eseguita, nel caso che la progettazione sia stata commissionata da un'amministrazione pubblica; i servizi resi in favore di committenti privati sono valutabili solo se l'opera progettata è stata in concreto realizzata.

Il mezzo di gravame deve quindi essere disatteso.

3.2. Il Comune appellante contesta l'ammissibilità della domanda risarcitoria, proposta dalla ricorrente in primo grado ed accolta dal primo giudice.

Tale argomentazione non può essere condivisa.

La domanda risarcitoria è stata proposta nel ricorso di primo grado in subordine rispetto alla domanda di reintegrazione in forma specifica.

E' vero che la stessa è stata specificata solo in corso di giudizio, ma ciò è avvenuto perché solo in corso di giudizio la reintegrazione in forma specifica è divenuta impossibile, fatto che ha costretto la parte a concentrare, a quel punto, le sue pretese sull'aspetto risarcitorio.

Giova osservare, inoltre, come al momento della proposizione del ricorso di primo grado l'effetto lesivo non si fosse ancora concretizzato se non in termini minimi, per cui a quel punto la domanda di risarcimento non poteva proprio essere articolata nei termini nei quali è stata impostata una volta divenuto impossibile il conseguimento del bene della vita al quale mirava l'azione proposta.

Il Comune appellante osserva inoltre che la specificazione della domanda è avvenuta con memoria depositata il 16 giugno 2014, senza rispettare i dieci giorni liberi prima dell'udienza, fissata per il 26 giugno 2014, di cui all'art. 73, primo comma, del codice del processo amministrativo.

Al riguardo deve essere rilevato come non risulti che l'odierno appellante si sia opposto al deposito della memoria, e che comunque il suddetto termine è dimidiato in ragione dell'oggetto della controversia, riguardante una procedura pubblica di affidamento di un appalto integrato, ai sensi dell'art. 119 del codice del processo amministrativo.

Il Comune appellante sostiene infine che l'aggiudicataria non poteva ottenere l'aggiudicazione del contratto, in quanto il progetto presentato non poteva essere approvato dalla competente Soprintendenza.

Neanche questo profilo, ampiamente contestato dall'appellata, può essere condiviso, non potendo il Comune fondare la propria domanda sul giudizio prognostico circa le valutazioni di un'altra autorità, non intervenuta nel procedimento.

Inoltre, il ragionamento svolto si pone in evidente contraddizione con il comportamento tenuto dal Comune nel corso del procedimento, in quanto il progetto dell'appellata è stato positivamente riscontrato dalla commissione di gara, tanto che la sua offerta è stata giudicata la migliore dopo quella dell'aggiudicataria.

Le doglianze dell'appellante sull'ammissibilità della domanda risarcitoria proposta dall'appellata devono, in conclusione, essere respinte.

Il Collegio deve quindi procedere all'esame delle ulteriori censure proposte dall'appellante, riguardanti esclusivamente i criteri di liquidazione del risarcimento seguiti dal primo giudice.

3.3. L'appellante si duole in primo luogo del fatto che il primo giudice abbia accolto la domanda di ristoro del lucro cessante nonostante la mancanza di prova.

La tesi non tiene conto del complessivo ragionamento svolto dal primo giudice.

La sentenza appellata si fonda prima di tutto sul fatto che l'appellata ha presentato la seconda migliore offerta, idonea a farle aggiudicare l'appalto una volta esclusa la prima classificata.

Di conseguenza, il danno è "in re ipsa"; peraltro, in mancanza di elementi certi circa il fermo delle maestranze ed il loro eventuale utilizzo in altre commesse il primo giudice lo ha liquidato in via equitativa, discostandosi in misura sostanziale dalle pretese dell'appellata.

L'impostazione del primo giudice deve essere condivisa, in accordo con quanto affermato da C. di S., III, 12 novembre 2014, n. 5567, che il Collegio condivide ed a cui si rinvia ai sensi dell'art. 74 del codice del processo amministrativo

Le stesse considerazioni valgono per quanto riguarda il cosiddetto danno curricolare.

3.4. L'appello deve essere invece condiviso per quanto riguarda la condanna al risarcimento per la perdita di chance.

Invero, secondo C. di S., V, 6 luglio 2012, n. 3966, tale risarcimento, se il danno non è provato espressamente, con riferimento alla concreta perdita di diverse occasioni di lavoro (C. di S., VI, 1 febbraio 2013, n. 633, peraltro riguardante un caso decisamente particolare), non può avere un autonomo riconoscimento, che si aggiunge al risarcimento per equivalente.

Quest'ultimo copre infatti integralmente il danno subito, per cui il risarcimento della perdita di chance costituirebbe una inammissibile duplicazione.

Le doglianze dell'appellante devono quindi essere condivise sotto quest'ultimo profilo.

4. In conclusione, l'appello deve essere condiviso nella sola parte in cui l'appellante contesta la condanna al risarcimento della perdita di chance, per l'effetto riformando la sentenza di primo grado in parte qua.

L'appello deve essere respinto per il resto, confermando la sentenza di prime cure.

Le spese del presente grado devono essere integralmente compensate in ragione della complessità delle questioni, testimoniata dalle descritte oscillazioni giurisprudenziali, e della parziale reciproca soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 9633/2014, come in epigrafe proposto, lo accoglie nella sola parte di cui al punto 3.4. della motivazione, per l'effetto respingendo, per tale aspetto, il ricorso di primo grado; respinge l'appello per la restante parte.

Compensa integralmente spese ed onorari del presente grado del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2015

IL SEGRETARIO

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