Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa
Consigli Tribunali

Indietro

Pubblicato il 28/12/2017

N. 06135/2017REG.PROV.COLL.
N. 02893/2017 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 iscritto al numero di registro generale 2893 del 2017, proposto da:

Aurora s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Zampetti e Fabio Francario, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Enrico Zampetti in Roma, piazza Paganica, n. 13;

contro

Comune di Bergamo, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Gritti, Silvia Mangili e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

nei confronti di

Artedil di Campennì Rocco & C. s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. II, n. 401/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento lavori di "risanamento conservativo, adeguamento e messa in sicurezza di edifici scolastici – anno 2016".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bergamo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le

parti gli avvocati Zampetti e Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in data 16 novembre 2016 il Comune di Bergamo indiceva una procedura per l'affidamento dei lavori di "risanamento conservativo, adeguamento e messa in sicurezza degli edifici scolastici – anno 2016", da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

2. Nel bando erano previste tre categorie di lavori: - categoria prevalente e subappaltabile al 30%: Cat. OG1 per un importo di € 333.554,09; - categoria scorporabile e interamente subappaltabile: Cat. OS3 per importo di € 24.116,08; Cat. OS6 importo di € 66.419,29; - categoria scorporabile e non subappaltabile: OS7 per un importo di € 66.419,29. Con riferimento all'ultima categoria era altresì specificato quanto segue: "poiché la

categoria OS7 non è subappaltabile l'impresa singola potrà eseguire tali lavorazioni se in possesso dei relativi requisiti di qualificazione o, in alternativa, dovrà obbligatoriamente costituire una associazione temporanea di tipo verticale con impresa in possesso dei requisiti".

3. La procedura si concludeva con l'aggiudicazione a favore della ditta Artedil di Campennì Rocco & C. s.r.l., prima classificata della graduatoria.

4. La società Aurora s.r.l., posizionata al secondo posto, esercitava l'accesso ai documenti di gara e veniva a conoscenza del fatto che nella propria domanda di partecipazione l'aggiudicataria aveva presentato un CEL - certificato di esecuzione lavori - rilasciato dall'Agenzia territoriale per la casa Provincia di Torino che, per la categoria OS7, riportava l'importo di € 55.406,00, inferiore, quindi, a quello di € 66.419,29 richiesto dal bando.

5. L'Aurora s.r.l. chiedeva pertanto al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sezione staccata di Brescia l'annullamento dell'aggiudicazione, affermando che l'aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto la sua domanda risultava mancante della dichiarazione prevista dall'art. 90 d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207 e perché, anche a voler tener conto della documentazione prodotta in luogo della dichiarazione, la stessa non risultava idonea a comprovare i requisiti imposti dal bando di gara.

6. Nel giudizio si costituiva il Comune di Bergamo che produceva la nota 16 febbraio 2017 n. 44942, con la quale, in sede di verifica dei requisiti, era stato richiesto all'impresa aggiudicataria di "comprovare l'esecuzione dei lavori relativi alla categoria OS7, con gli importi previsti nel bando di gara", nonché la nota di risposta della società che, il 24 febbraio 2017, trasmetteva, oltre al certificato di esecuzione lavori già allegato alla

domanda di partecipazione alla procedura, altri due certificati di esecuzione dei lavori, tra cui quello di maggior rilievo economico relativo a lavori effettuati a favore dell'Azienda lombarda per l'edilizia residenziale di Bergamo per l'importo di € 15.789,88. Al giudizio partecipava anche la società controinteressata.

7. Il tribunale adito, sezione II, con la sentenza 22 marzo 2017, n. 401, respingeva il ricorso, condannando il ricorrente al pagamento delle spese di lite nei confronti dell'amministrazione e, compensando nei confronti della controinteressata, che si era limitata alla costituzione formale.

8. La Aurora s.r.l. ha proposto appello nei confronti di tale sentenza.

Ha resistito al gravame il Comune di Bergamo, mentre non si è costituita in giudizio la società Artedil di Capennì Rocco & C. s.r.l., pur ritualmente intimata.

Le parti hanno depositato memorie in vista dell'udienza e memorie di replica.

All'udienza pubblica del 23 novembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Con il primo motivo di appello la Aurora s.r.l. censura la sentenza di primo grado per aver ritenuto la dichiarazione del requisito di qualificazione, contenuta nella domanda di partecipazione alla procedura, conforme alla previsione dell'art. 90 d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, e per aver ritenuto che la stazione appaltante aveva correttamente esercitato il potere di soccorso istruttorio, richiedendo all'aggiudicataria di specificare quanto già dichiarato.

9.1. In effetti, nella ricostruzione dei fatti compiuta nella sentenza impugnata, l'aggiudicataria aveva dichiarato di possedere il requisito di qualificazione in relazione alla categoria OS7 al momento della presentazione della domanda di partecipazione, ma aveva poi

presentato una documentazione per un ammontare di lavori eseguiti in detta categoria inferiore a quello stabilito dal bando. Ben aveva fatto, secondo i primi giudici, la stazione appaltante ad esercitare il soccorso istruttorio così da ottenere dalla Artedil s.r.l. la produzione dell'ulteriore documentazione comprovante l'avvenuta esecuzione di lavori della categoria OS7 per l'importo richiesto dal bando.

9.2. Il tribunale ha, infatti, ritenuto che il CEL – Certificato esecuzione lavori - rilasciato dall'ALER di Bergamo, Lecco e Sondrio, presentato dall'aggiudicataria in risposta alla richiesta della stazione appaltante, sebbene datato al 24 febbraio 2017 e, dunque, in data successiva a quella di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, si riferiva a lavori conclusi il 7 novembre 2016 e quindi prima della presentazione della domanda, così che poteva ben dirsi che il requisito (esperienziale) richiesto dal bando era già maturato

prima della partecipazione alla procedura.

10. Con il secondo motivo di appello l'Aurora s.r.l. contesta anche tale statuizione: infatti l'ulteriore produzione documentale, presentata dall'aggiudicataria in risposta alla richiesta della stazione appaltante, non era in ogni caso idonea a dimostrare il requisito di qualificazione richiesto dal bando, giacché, ai fini della individuazione del momento in cui l'impresa aveva acquisito il requisito di partecipazione richiesto dal bando, rilevava non già la data di completamento dei lavori, come ritenuto dal Tribunale, bensì ma quella di rilascio del CEL che dimostrava non solo la mera esecuzione dei lavori, ma propriamente il fatto che gli stessi erano stati eseguiti correttamente. In assenza del CEL, i lavori, pur se materialmente eseguiti, non potevano essere utilizzati e "spesi" come requisito di partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica

poiché l'amministrazione non era in grado di verificare se gli stessi erano stati correttamente eseguiti e quale fosse il loro importo secondo la contabilizzazione dell'appalto.

10.1. Secondo l'appellante, anche ad ammettere la legittimità del soccorso istruttorio esercitato dalla stazione appaltante, la Artedil s.r.l. aveva comunque maturato il requisito di partecipazione successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura indetta dal Comune di Bergamo.

11. I predetti motivi sono fondati nei sensi appresso indicati.

12. Giova precisare che l'appalto oggetto di causa è disciplinato dal nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 5 aprile 2016, n. 50, in quanto il bando è stato pubblicato il 16 novembre 2016.

L'art. 217, comma 1, lett. u) d.lgs. 5 aprile 2016, n. 50 ha disposto l'abrogazione del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, regolamento di attuazione ed esecuzione del codice

dei contratti pubblici, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, specificando, però, quali disposizioni sono immediatamente abrogate (a far data dalla sua entrata in vigore) e quali, invece, restano in vigore in attesa dell'adozione degli atti attuativi del nuovo codice. Tra queste ultime rientrano le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, Capo III, rilevanti nel presente giudizio.

13. Dalla documentazione in atti risulta che Artedil s.r.l., nella domanda di partecipazione alla procedura di aggiudicazione, non ha dichiarato in maniera espressa di aver eseguito lavori rientranti nella categoria OS7 per un importo pari a quello richiesto dal bando di gara (€ 66.419,00), essendosi limitata a riportare "i lavori eseguiti presso altre Amministrazioni aggiudicatrici o stazioni appaltanti eseguiti nell'ultimo triennio e conclusisi positivamente". Nell'elenco che segue detta dichiarazione è indicato l'importo dei lavori, ampiamente

superiore a quello richiesto dal bando, ma non è specificato quanta parte di questi si riferiscono proprio alla categoria OS7.

13.1. E' vero, dunque, come sostenuto dall'appellante, che l'aggiudicataria non ha dichiarato, nella domanda di partecipazione, di aver eseguito lavori di categoria OS7, ma ciò non toglie che la domanda sia validamente presentata. La dichiarazione di cui all'art. 90, comma 3, d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, avente ad oggetto i "requisiti previsti dal bando di gara…", non richiede formule particolari e l'elencazione dei lavori eseguiti ben può tener luogo di una espressa dichiarazione.

14. La stazione appaltante, pertanto, legittimamente ha richiesto all'aggiudicataria di precisare la sua dichiarazione, comprovando "l'esecuzione dei lavori relativi alla categoria OS7 con gli importi previsti nel bando di gara" (nota del Comune di Bergamo 15 febbraio 2017).

14.1. A detta richiesta l'aggiudicataria ha risposto presentando un CEL – certificato esecuzione lavori - emesso dall'ALER di Bergamo, Lecco, Sondrio che, in relazione alla categoria OS7, riporta lavori per € 15.789,88. Detto importo, sommato a quello indicato nel CEL presentato unitamente alla domanda di partecipazione, per € 55.406,00, consente all'aggiudicataria di raggiungere l'importo richiesto dal bando.

15. All'esercizio del potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante è seguito, pertanto, non già una mera specificazione della domanda di partecipazione, con l'indicazione della quota parte dei lavori già elencati riferita alla categoria OS7, ma una vera e propria integrazione della stessa, con l'introduzione di un requisito mancante, rappresentato dai lavori non dichiarati in precedenza.

Il CEL dell'ALER di Bergamo, Lecco e Sondrio, infatti, si riferisce a lavori che non erano stati indicati nell'elenco redatto all'interno della domanda di partecipazione; la Artedil s.r.l. ha così dichiarato lavori utili ad integrare il requisito tecnico – professionale richiesto dal bando solamente all'esito dell'attività di soccorso istruttorio svolto dalla stazione appaltante.

15.1. Come evidenziato dall'appellante, per questa condotta l'impresa andava esclusa, essendo preclusa l'integrazione della domanda di partecipazione in esito del soccorso istruttorio attuato dalla stazione appaltante (da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2017, n. 3514; V, 22 agosto 2016, n. 3666). Risulta violata, infatti, la *par condicio* tra i concorrenti, avendo potuto la Artedil s.r.l. beneficiare di un più ampio termine per dichiarare (e, quindi, dimostrare, come si avrà modo di chiarire subito) il requisito tecnico – professionale rispetto a

quello riconosciuto a tutte le altre imprese partecipanti.

D'altronde, per giurisprudenza costante, "*nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità*" (Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20 luglio 2015, n. 8).

16. Anche il secondo motivo di appello è fondato.

Il Certificato di esecuzione lavori emesso dall'ALER di Bergamo, Lecco e Sondrio è datato 24 febbraio 2017, ma la data di contabilizzazione dei lavori in esso riportata è il 7 novembre 2016. Il tribunale ha ritenuto il certificato idoneo a dimostrare il possesso del

requisito tecnico professionale richiesto dal bando in quanto, sebbene di data successiva al momento di presentazione della domanda, si riferiva a lavori svolti precedentemente ad essa. Sul punto i primi giudici hanno così motivato: "*Ciò che è richiesto al partecipante alla gara, infatti, non è di disporre del CEL, anteriormente alla presentazione della domanda, ma di poter vantare il requisito dell'esecuzione di una certa tipologia di lavori ricadenti nella categoria non a qualificazione obbligatoria prevista come non subappaltabile, di importo inferiore a 150.000 euro, il cui possesso dovrà essere comprovato prima della sottoscrizione del contratto*".

16.1. Tale assunto non è tuttavia condivisibile.

Non vi è dubbio che altro è l'esecuzione dei lavori e altro ancora è la documentazione dei lavori eseguiti e che il bando richiedeva come requisito tecnico professionale il primo; tuttavia, la lettura sistematica delle disposizioni normative sul Certificato di

esecuzione lavori induce a ritenere che solamente l'impresa che sia in possesso, al momento della presentazione della domanda, del CEL può dichiarare il possesso del requisito, poiché solo quell'impresa è in grado di comprovarlo. In ultimo, allora, il requisito dell'esecuzione dei lavori coincide con quello del possesso del Certificato di esecuzione dei lavori.

16.2. L'art. 86, comma 5 *bis*, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50, stabilisce che: "*L'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto dall'ANAC con le linee guida di cui all'articolo 83, comma 2*". In precedenza, all'art. 40, comma 3, lett. b) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, era precisato che "*Tra i requisiti tecnico organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti*".

L'art. 79, comma 6, d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 210 stabilisce che: "*L'esecuzione dei lavori è documentata*

dai certificati di esecuzione dei lavori previsti dagli articoli 83, comma 4 e 84, indicati dall'impresa e acquisiti dalla SOA ai sensi dell'articolo 40, comma 3, lettera b), del codice, nonché secondo quanto previsto dall'articolo 86".

Il certificato di esecuzione lavori è previsto, poi, dall'art. 83, comma 4, d.p.r. cit. tra i documenti che consentono di provare la sussistenza dei requisiti tecnico – organizzativi ovvero economico – finanziari necessari per l'emissione delle attestazioni SOA.

Il comma 2 del medesimo articolo precisa che, ai fini del rilascio delle attestazioni richieste, "*I lavori da valutare sono quelli eseguiti regolarmente e con buon esito* …". Il 4°comma specifica, poi, che: "*I certificati di esecuzione lavori sono redatti in conformità allo schema di cui all'allegato B e contengono la espressa dichiarazione dei committenti che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito*". L'esito di eventuali contestazioni (in sede arbitrale o

giudiziaria) è riportato sul certificato.

16.3. Le citate disposizioni, lette in combinato tra loro, conducono ad affermare che l'impresa acquisisce il requisito tecnico organizzativo, costituito dall'aver svolto lavori per un certo importo in una certa categoria, col rilascio del Certificato di esecuzione lavori poiché in esso si dà atto dell'avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori, nonché del risultato delle contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all'esecuzione dei lavori.

17. Nella vicenda in esame, l'impresa aggiudicataria che alla data di presentazione della domanda aveva contabilizzato i lavori, ma non ottenuto ancora il Certificato di esecuzione dei lavori, non era, pertanto, in possesso del requisito richiesto dal bando, onde non poteva essere ammessa alla procedura.

18. In ragione dell'accoglimento dei motivi di appello, la sentenza del

Tribunale amministrativo deve essere riformata con l'accoglimento della domanda di annullamento dell'aggiudicazione disposta dal Comune di Bergamo a favore della Artedil di Campennì Rocco & C. s.r.l.

19. Nell'atto d'appello la Aurora s.r.l. ha riproposto tutte le domande già formulate nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e, dunque, non solo la domanda di annullamento, ma anche la domanda di dichiarazione dell'inefficacia del contratto con conseguente richiesta di subentro nello stesso e, in via subordinata, la domanda di condanna al risarcimento del danno subito per effetto della condotta illegittima della stazione appaltante.

20. La domanda di dichiarazione dell'inefficacia del contratto con conseguente richiesta di subentro non può essere accolta poiché le parti hanno documentato in corso di causa, dapprima, l'avvenuta stipulazione del contratto (in data 9

giugno 2017) e successivamente la conclusione dei lavori (il Comune di Bergamo con il verbale di ultimazione dei lavori in data 7 settembre 2017). Di conseguenza, nella memoria depositata il 7 novembre 2017 in vista dell'udienza pubblica, l'appellante ha dichiarato di insistere nella domanda di risarcimento del danno per equivalente indicando i criteri per determinare l'utile che avrebbe tratto dalla esecuzione dell'appalto.

21. La domanda di risarcimento del danno per equivalente deve essere accolta.

La Sezione ritiene di rimettere al Comune di Bergamo la formulazione di una proposta risarcitoria ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., come richiesto dalla stessa appellante, e in mancanza di opposizione dell'appellata, fissando i criteri che seguono.

22. In primo luogo, occorre precisare che il danno subito dalla Aurora s.r.l. è il danno c.d. da

mancata aggiudicazione; qualora la stazione appaltante avesse escluso l'aggiudicataria per mancanza dei requisiti dichiarati ma non dimostrati nella fase del controllo precedente alla stipulazione del contratto, l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'odierna appellante, seconda classificata.

Al fine della quantificazione del risarcimento del danno, è possibile, pertanto, richiamare i principi fissati da Cons. Stato, Adunanza plenaria, 12 maggio 2017, n. 2: all'impresa danneggiata è dovuto l'interesse c.d. positivo che ricomprende sia il mancato profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, sia il danno c.d. curriculare, ovvero il pregiudizio subito a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto.

22.1. Si individuano, pertanto, i seguenti criteri per la determinazione rimessa al Comune:

a) il mancato profitto, corrispondente all'utile che l'impresa avrebbe conseguito, deve essere calcolato tenendo conto del corrispettivo che sarebbe stato pagato dalla stazione appaltante in ragione del ribasso offerto dall'appellante;

b) tale somma deve essere decurtata di tutte le spese necessarie per l'esecuzione dei lavori. Per calcolare, in particolare, le spese che l'impresa avrebbe sostenuto il Comune appaltante può tener conto dell'offerta formulata in sede di gara oltre che di quanto sarebbe stato corrisposto ad eventuali subappaltatori. Nel caso in cui l'ammontare delle spese non sia ricavabile dall'offerta presentata in gara, l'amministrazione potrà valutare l'opportunità di acquisire dalla appellante i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine che sarà assegnato dal momento della richiesta fino a

quello in cui tali elementi saranno resi disponibili;

c) la somma così definita deve essere decurtata dell'eventuale *aliunde perceptum* conseguito dall'impresa nell'esecuzione di altri lavori durante il tempo di svolgimento del contratto di cui è causa. A tal fine l'impresa appellante fornirà al Comune i dati relativi ai lavori assunti nel periodo di durata del contratto.

d) nulla è dovuto a titolo di danno c.d. curriculare, non avendo l'impresa appellante offerto la prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (diversamente da quanto richiesto dall'Adunanza plenaria citata);

e) nulla è dovuto a titolo di spese di partecipazione alla procedura, dovendosi condividere la considerazione per cui la partecipazione alle gare pubbliche di appalto implica per le imprese la sopportazione di costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di

aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2015, n. 1708).

f) la somma così individuata dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria e gli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

La proposta risarcitoria dovrà essere formulata entro 90 giorni decorrenti dalla notifica o comunicazione in via amministrativa della presente decisione.

23. Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto,

in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sezione staccata di Brescia (Sezione seconda) n. 401/2017, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla l'aggiudicazione disposta a favore della Artedil di Campennì Rocco & C. s.r.l..

Accoglie la domanda di risarcimento del danno per equivalente e, per l'effetto, rimette al Comune di Bergamo la formulazione di una proposta di risarcimento ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., secondo i criteri di cui in motivazione.

Respinge tutte le altre domande.

Condanna il Comune di Bergamo al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, che liquida in complessivi € 8.000,00, oltre accessori e spese di lite come per legge, in favore di Aurora s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Federico Di Matteo	**Carlo Saltelli**

IL SEGRETARIO

© 2014 - giustizia-amministrativa.it Mappa del sito Guida al sito Regole di accesso Accessibilità Condizioni di utilizzo Informativa privacy