

N. 05404/2015REG.PROV.COLL.

N. 00161/2014 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 numero di registro generale 161 del 2014, proposto dal Comune di Minturno, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Colalillo e Nicola Marcone, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

contro

Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Diego Vaiano e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, lungotevere Marzio, 3;

nei confronti di

Eurocostruzioni di Iaquone Alessandro, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Lazio – sede staccata di Latina - Sezione I, n. 781 del 21 ottobre 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dall'appellante (in data 6 giugno 2014 nonché 6 e 13 ottobre 2015) e dalla parte appellata (in data 29 maggio 2014 nonché 6 e 13 ottobre 2015);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2015 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Pesce su delega dell'avvocato Marcone, Saporito su delega dell'avvocato Colalillo e Vaiano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con sentenza del T.a.r. per il Lazio – sede staccata di Latina - Sezione I, n. 1067 del 18 giugno 2010 (confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato Sez. V, n. 1771 del 2011), in accoglimento del ricorso proposto dalla Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni s.r.l. (in prosieguo ditta Lucci), è stata annullata l'aggiudicazione, in favore della ditta Eurocostruzioni, della gara di appalto di lavori di recupero del centro urbano indetta dal comune di Minturno.

1.1. Introdotto davanti al medesimo T.a.r. giudizio di ottemperanza a cura della ditta Lucci, allibrato al n.r.g. 958/2010:

a) con successiva sentenza – n. 106 dell'8 febbraio 2011 (confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1060 del 2012) - è stato accolto il ricorso in ottemperanza mediante rinnovazione parziale della gara e aggiudicazione alla ditta Lucci; è stato concesso un termine per l'adempimento a carico del comune di Minturno, ed è stato mandato al Prefetto di Latina per l'eventuale nomina del commissario *ad acta*;

b) il Prefetto di Latina ha nominato il commissario *ad acta* nella persona del dottor. Luciano Nunzio;

c) dopo una prima fase interlocutoria (che non rileva ai fini della presente decisione), il commissario *ad acta* ha richiesto al T.a.r. di Latina due chiarimenti in ordine alle seguenti questioni:

I) se il corrispettivo dei lavori residui debba essere determinato avuto riguardo al ribasso offerto dalla ditta Lucci nella propria originaria offerta (pari al 21,95%) ovvero in relazione al ribasso offerto dalla originaria aggiudicataria (pari al 5%);

II) se spetti o meno, in sede di stipula del nuovo contratto con la ditta Lucci, l'adeguamento dei prezzi originariamente offerti in sede di gara.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per il Lazio – sede staccata di Latina - Sezione I, n. 781 del 21 ottobre 2013 -:

a) ha estromesso dal giudizio l'originaria aggiudicataria Eurocostruzioni (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

b) ha affermato che in considerazione dello stato dei lavori (eseguiti al 60% circa), non era tecnicamente possibile eseguire le prestazioni residue sulla base delle migliorie offerte dalla ditta Lucci; a tale conclusione è pervenuta sulla scorta della mancata contestazione specifica del difensore del comune all'osservazione di controparte sul punto in questione;

c) ha ritenuto che il comune non potesse pretendere di far eseguire le migliorie offerte dalla ditta Eurocostruzioni al prezzo formulato all'esito del ribasso praticato dalla ditta Lucci, tanto per ragioni di equilibrato contemperamento dei contrapposti interessi e perché l'ente non aveva prontamente eseguito la sentenza di cognizione di primo grado;

d) ha respinto la pretesa della ditta Lucci di aggiornare il corrispettivo in sede di stipula del nuovo contratto (anche tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno).

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato – rispettivamente in data 27 dicembre 2013 e 9 gennaio 2014 – il comune di Minturno ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza confutando nel merito tutte le statuizioni sfavorevoli; in particolare:

a) con il primo motivo (pagine 8 – 10 del gravame), ha evidenziato che il subentro nel contratto debba avvenire applicando il maggior ribasso del 21,95% offerto in gara dalla ditta Lucci;

b) con il secondo motivo (pagine 10 – 12 del gravame), ha contestato che l'applicazione di un minor ribasso possa trovare giustificazione nella circostanza che le prestazioni da eseguire sarebbero diverse perché diversi sarebbero i progetti presentati dalle imprese;

c) con il terzo motivo, infine (pagine 12 – 14), ha dedotto che: I) i costi delle migliorie offerte dalla ditta Lucci sono superiori a quelli delle migliorie offerte a suo tempo in sede di gara dalla ditta Eurocostruzioni; II) il carattere marginale delle migliorie proposte dall'originario aggiudicatario consentono all'impresa Lucci di eseguire i lavori secondo la propria proposta migliorativa; ha chiesto, inoltre, una c.t.u. per valutare le caratteristiche e i costi delle migliorie relative alle due offerte poste a confronto e l'incidenza sul progetto esecutivo posto a base di gara.

4. Si è costituita la ditta Lucci deducendo:

a) l'inammissibilità dell'appello in quanto investe mere questioni esecutive del giudicato;

- b) l'inammissibilità della produzione documentale posta a corredo del gravame in quanto violativa del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a.;
- c) l'incontestabilità del capo della sentenza del T.a.r. che ha assodato l'impossibilità tecnica di ultimare i lavori con le migliorie a suo tempo proposte dall'impresa Lucci;
- d) la correttezza delle conclusioni cui è pervenuta l'impugnata sentenza e l'inutilità di ulteriori accertamenti istruttori.

5. Nel corso del giudizio di appello:

a) con ordinanza di questa Sezione n. 3832 del 17 luglio 2014:

I) è stata respinta l'eccezione di inammissibilità dell'appello;

II) è stata disposta una verifica a cura del Prefetto di Latina affinché si accertino <<..le migliorie e le addizioni formulate dall'originaria affidataria al progetto esecutivo posto in gara e computare gli eventuali maggiori corrispettivi alla luce dei prezziari vigenti>>;

III) è stata respinta implicitamente l'eccezione di violazione del divieto dei *nova* in relazione alla documentazione tecnica prodotta dal comune in una all'atto di appello (e comunque si tratta di documentazione che il Collegio valuta come indispensabile ai fini del giudizio ex art. 104, co. 2, c.p.a.);

b) in data 16 gennaio 2015 è stata depositata in Segreteria la relazione del verificatore incaricato dal Prefetto di Latina che ha quantificato il costo delle addizioni in complessivi euro 42.413,00;

c) la ditta Lucci ha contestato la congruità e la completezza delle stime effettuate dal verificatore; ha evidenziato che le addizioni si rivelano gravose e dimostrano la sensibile diversità delle varianti migliorative apportate da ciascuna impresa al progetto esecutivo messo a base di gara; ha ribadito che è impossibile completare le prestazioni secondo le modalità realizzative in origine proposte; ha chiesto l'applicazione analogica della norma sancita dall'art. 140 d.lgs. n. 163 del 2006 secondo cui in caso di fallimento dell'impresa aggiudicataria (o risoluzione o recesso dal contratto), le stazioni appaltanti possono interpellare progressivamente i soggetti graduati in posizione utile al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori che deve avvenire alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario (cfr. memorie in data 6 e 13 febbraio 2015);

d) il comune di Minturno, oltre ad insistere per la riforma dell'impugnata sentenza, ha chiesto che anche sui costi accertati dal verificatore sia praticato l'abbattimento del 21,95% ed ha negato l'applicabilità della norma sancita dall'art. 140 del codice dei contratti pubblici (cfr. memorie del 6 e 13 febbraio 2015).

6. La causa è stata trattenuta in decisione alla camera di consiglio del 27 ottobre 2015.

7. L'appello è parzialmente fondato e va accolto per quanto di ragione.

7.1. Prima di scendere all'esame del merito della controversia, conviene riportare sinteticamente i principi elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato *in parte qua* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 4831 del 2012; Sez. VI, n. 2260 del 2011; Sez. VI, n. 20 del 2010, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 114, co. 3, c.p.a.), secondo cui:

- a) se l'aggiudicazione è annullata e il ricorrente ha titolo a subentrare nel contratto perché questo è ad uno stadio di esecuzione tale da consentire la sostituzione dell'appaltatore, la soddisfazione in forma specifica della pretesa si ha mediante caducazione del contratto in corso e stipula di un nuovo contratto con l'avente diritto;
- b) a mente dell'art. 122 c.p.a. il subentro nel contratto va inteso in senso atecnico, ovvero non come successione nel medesimo rapporto contrattuale intercorso con l'originario aggiudicatario – che anzi viene meno all'esito del giudicato amministrativo, bensì come necessità di stipulare un nuovo contratto che consenta di completare le prestazioni residue;
- c) per ineludibili esigenze di rispetto della *par condicio*, il subentrante non può conseguire un beneficio maggiore rispetto a quello che avrebbe avuto se fosse risultato aggiudicatario *ab initio* sicché la sostituzione deve avvenire secondo le condizioni della gara originaria e l'offerta fatta dal subentrante in quella originaria gara;
- d) ancorché possa essere trascorso del tempo dalla gara originaria, le oscillazioni dei prezzi non sono rilevanti in sé ma solo attraverso gli speciali meccanismi previsti dalla legge che presuppongono la stipula del nuovo contratto, sicché il subentrante non può pretendere un generico e complessivo aggiornamento del prezzo di gara in applicazione degli istituti del prezzo chiuso e della revisione dei prezzi;

e) la norma sancita dall'art. 140 del codice dei contratti pubblici, alla stregua di una esegesi orientata al rispetto delle regole europee: disvela la sua natura eccezionale; è soggetta a regole di stretta interpretazione; può trovare applicazione solo quando sia possibile stipulare con l'imprenditore che ha presentato la seconda migliore offerta un contratto avente lo stesso contenuto di quello concluso con l'aggiudicatario originale e poi risolto; presuppone, a differenza dell'art. 122, c.p.a., l'iniziativa (facoltativa) della stazione appaltante.

7.2. Tanto premesso in diritto, il Collegio osserva che:

- a) con l'ordinanza n. 3832 del 2014 è stato implicitamente ma univocamente ritenuto da un lato, che si possano effettuare i restanti lavori secondo il progetto Lucci ed alle condizioni economiche ivi previste, salva l'aggiunta dei costi delle migliorie accertati dalla verifica, dall'altro, che è irrilevante stabilire se i costi delle migliorie offerte dalla ditta Eurocostruzioni siano inferiori a quelle offerte dalla ditta Lucci;
- b) la verifica, che immune da vizi logici ed esauriente sui quesiti proposti il Collegio pone a base della decisione, ha asserito che le uniche effettive addizioni al progetto esecutivo suscettibili di valutazione economica - proposte a suo tempo dalla ditta Eurocostruzioni e che il comune intende conservare - hanno un costo aggiuntivo quantificabile in euro 42,413,00;
- c) non potendo trovare applicazione, nel caso di specie, la norma sancita dall'art. 140 del codice dei contratti, deve farsi applicazione del principio generale per cui i ribassi da praticarsi sono quelli originariamente proposti in sede di gara dalla ditta che, ancorché in seconda battuta, è chiamata ad eseguire la restante parte dei lavori;
- d) sulla scorta di tutta la documentazione versata in atti emerge che le migliorie in contestazione - e non potrebbe essere diversamente pena l'esclusione dell'offerta originaria aggiudicataria - non incidono in misura significativa sul progetto esecutivo a suo tempo posto a base di gara.

8. In conclusione l'appello deve essere accolto in parte, ai sensi di cui in motivazione.

Conseguentemente, in riforma parziale dell'impugnata sentenza, al residuo quesito formulato dal commissario *ad acta* - concernente le modalità di calcolo del corrispettivo a carico del comune da indicarsi nel futuro eventuale contratto di appalto (avente ad oggetto i rimanenti lavori) da stipularsi *inter partes* - deve risponderci nel senso che:

- a) il ribasso da praticarsi è quello a suo tempo offerto in sede di gara dalla ditta Lucci (21,95%);
- b) deve aggiungersi il costo delle migliorie offerte dalla ditta Eurocostruzioni, liquidato dal verificatore in euro 42.413,00, da sottoporsi al medesimo ribasso del 21,95%.

Resta inteso che il giudizio di ottemperanza alla sentenza del T.a.r. per il Lazio, sede staccata di Latina, n. 1067 del 2010 - allibrato al n.r.g. 958 del 2010 - prosegue davanti al medesimo giudice.

9. Nel particolare andamento del processo fra primo e secondo grado e nella sostanziale novità della questione di merito sottesa al presente giudizio, il Collegio ravvisa, a mente del combinato disposto degli artt. 26, co.1, c.p.a. e 96, co. 2, c.p.c., le eccezionali ragioni che consentono di compensare fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie in parte l'appello e, per l'effetto, in riforma parziale dell'impugnata sentenza, rende i chiarimenti al commissario *ad acta* nei termini di cui in motivazione;
- b) compensa integralmente fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2015

IL SEGRETARIO