



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1372 del 2013, proposto da:
G.F. Costruzioni S.r.l., Reitano S.r.l. di Paternò, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Pietro De Luca, presso il cui studio sono elettivamente domiciliate in Catania, viale Ruggero di Lauria, 29;

contro

Comune di Scordia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Rocco Todero, con domicilio eletto presso l'avv. Attilio Toscano in Catania, via Milano, 85;

nei confronti di

Impresa Geom. di Grazia Giovanni, Impresa Geom. Cristofaro Mario, Impresa Geom. Ingrà Ferdinando, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Nicolò D'Alessandro e Gisella Fazzi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Catania, piazza Lanza, 18/A;

- per l'annullamento

delle operazioni di gara relative all'appalto dei lavori di "riqualificazione parcheggio ed ex mercato di via Principessa di Piemonte con creazione area fieristica e ricettiva";

della determina del Responsabile dell'Area IV Lavori Pubblici del Comune di Scordia n° 30 del 15-4-2013;

della comunicazione dell'esito di gara effettuata via telefax con nota n. 887/L.P. del 29-4-2013; della comunicazione dell'esito di gara rieffettuata via telefax con nota n. 903/L.P. del 30-4-2013;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

- per l'accertamento

del diritto della costituenda a.t.i. GF Costruzioni s.r.l. – Reitano s.r.l. di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto;

- per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto d'appalto, con conseguente subentro della ricorrente;

- per la condanna

del Comune di Scordia al risarcimento dei danni subiti a titolo di mancato utile e perdita curriculare con interessi legali e rivalutazione monetaria, nel caso di totale o parziale esecuzione dei lavori da parte dell'impresa controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Scordia, dell'Impresa Geom. di Grazia Giovanni, dell'Impresa Geom. Cristofaro Mario e dell'Impresa Geom. Ingra' Ferdinando;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2014 il dott. Pancrazio Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 1 dell'11/01/2013, il Comune di Scordia ha avviato una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 122, comma 7, e 57, comma 6, del Codice dei contratti, al fine di realizzare l'appalto di lavori di riqualificazione parcheggio ed ex mercato di Via Principessa di Piemonte con creazione area fieristica e ricettiva, per un importo a base d'asta di €. 999.895,75, dei quali €. 41.427,91 per oneri di sicurezza.

Con verbale del 5.2.2013, il RUP dava atto che entro detto termine perentorio erano pervenute quarantasei manifestazioni di interesse, indi, considerato che vi erano state più di venti domande, come da bando, provvedeva al sorteggio per selezionare un corrispondente numero di concorrenti da invitare.

Con verbale di seduta pubblica dell'11.2.2013, si procedeva al sorteggio e all'esame della documentazione prodotta dalle concorrenti, che, quindi, venivano tutte ammesse e, tra queste, la controinteressata "Geom. Di Grazia Giovanni (capogruppo), Geom. Cristofaro Mario (mandante), Geom. Ingrà Ferdinando (mandante).

Con successiva nota del 26.2.2013, il RUP avvisava le concorrenti di avere effettuato un avviso di rettifica del criterio di aggiudicazione (da offerta economica più vantaggiosa al prezzo più basso con esclusione delle offerte anomale) e che, pertanto, il termine per l'offerta economica era differito dal 21.2.2013 al 13.3.2013.

Con verbali del 14.3.2013 e 15.3.2013, la Commissione, non dovendo più procedere alla valutazione tecnico-economica dell'offerta, procedeva all'apertura

dei plichi, al fine di esaminare la documentazione contenuta attestante il possesso dei requisiti tecnico-economici.

Venivano ammesse quindici offerte, tra le quali quelle della ricorrente e della controinteressata, nella medesima composizione.

Con verbale del 18.3.2013, la Commissione, concluse le operazioni di valutazione delle offerte, proponeva l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto all'A.T.I. controinteressata sempre nella medesima composizione iniziale.

Seconda classificata era la ricorrente, che, ritenendo illegittima la predetta aggiudicazione, proponeva reclamo, che, tuttavia, veniva respinto.

Con determinazione n. 30 del 15.4.2013, registrata il 24.4.2013, il Comune intimato disponeva l'aggiudicazione definitiva della gara in capo alla controinteressata.

Con ricorso passato per la notifica il 24.5.2013 e depositato il 4.6.2013, la ricorrente ha impugnato la detta aggiudicazione e gli atti ad essa collegati, affidandosi ai seguenti motivi di ricorso:

1. Violazione dell'art. 37, comma 6, D.Lgs n. 163/2006 – Eccesso di potere per difetto d'istruttoria.

L'originaria determinazione dirigenziale n. 1 dell'11/01/2013, così come l'invito – bando di gara pubblicato dal Comune di Scordia, al punto 3.5 prevede che le lavorazioni di cui si compone l'intervento sono:

Lavorazioni edili OG1/II € 345.771,87

Lavori stradali OG3/I € 176.612,93

Lav. produzione energia elettrica OG9/II € 314.188,00

Lav. impianti di pubblica illuminazione OG10/I € 163.322,95.

Il bando specifica che la categoria prevalente è la OG1/II.

La costituenda a.t.i. risultata aggiudicataria avrebbe chiesto di essere ammessa, dichiarando quanto segue:

<<1° che l'Impresa Geom. Di Grazia Giovanni avrà una percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG3 class. I pari al 100%, nella categoria OG9 class. II pari al 100%, nella categoria OG10 class. I pari al 100%;

2° che l'Impresa mandante Geom. Cristofaro Mario avrà una percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG1 class. II pari al 51%;

3° che l'impresa mandante Geom. Ingrà Ferdinando avrà una percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG1 class. II pari al 49%; e con le seguenti quote di partecipazione sull'intera opera (...):

Impresa capogruppo Geom. Di Grazia Giovanni 65,42%

Impresa 1^ mandante Geom. Cristofaro Mario 17,63%

Impresa 2^ mandante Geom. Ingrà Ferdinando 16,95%.>>.

Pertanto, la costituenda a.t.i. avrebbe dichiarato che la capogruppo, impresa Geom. Di Grazia Giovanni, pur assumendo una quota di lavori maggioritaria, tuttavia, non avrebbe eseguito, in quanto sfornita della relativa qualificazione, i lavori in categoria prevalente (OG1/II).

Asserisce la ricorrente che, con la rappresentata qualificazione e distribuzione dei lavori, la costituenda a.t.i., stante la detta composizione, non avrebbe potuto essere ammessa alla gara per l'evidente violazione dell'art. 37, comma 6, del Codice dei contratti, secondo cui:

“Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'art. 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle

categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale”.

Diversamente, nella fattispecie in esame, le due imprese mandanti avrebbero dichiarato di voler assumere in raggruppamento orizzontale (in quanto in possesso dei relativi requisiti), le lavorazioni della categoria prevalente (OG1), mentre la mandataria (in raggruppamento verticale) avrebbe dichiarato di assumere (in quanto per ciò solo qualificata) tutte le rimanenti lavorazioni (OG3/I, OG9/II e OG10/I).

Data la mancata qualificazione della capogruppo mandataria per le lavorazioni della categoria prevalente, la costituenda a.t.i. Geom. Di Grazia Giovanni (capogruppo) – Geom. Cristofaro Mario (1[^] mandante) – Geom. Ingrà Ferdinando (2[^] mandante), avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara e, quindi, l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato a favore dell'a.t.i. G.F. Costruzioni s.r.l. – Reitano s.r.l. ricorrente, con l'offerta di ribasso del 29,4164%, immediatamente più vicina per difetto alla soglia di anomalia.

Le superiori deduzioni, rappresentate in sede di reclamo, sono state ritenute infondate dal seggio di gara, poiché <<... la costituenda a.t.i. con capogruppo l'impresa Geom. Di Grazia Giovanni ha concorso alla gara in questione dichiarando quanto di seguito:

1. Che l'impresa Geom. Di Grazia Giovanni avrà una percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG3 - classifica I pari al 100%, nella categoria OG9 - classifica II pari al 100%, nella categoria OG10 - classifica I pari al 100%, e nella categoria prevalente OG1 - classifica II pari al 60% in avvalimento con l'impresa Geom. Cristofaro Mario, ausiliaria di cui al punto 3);
2. Che l'impresa ausiliaria Geom. Cristofaro Mario dispone di idonei requisiti e capacità tecniche nel settore Lavori edili OG1 - classifica II, che l'impresa avvalente intende partecipare alla gara in oggetto e sebbene tecnicamente ed

economicamente organizzata, è carente del requisito di qualificazione OG1 - classifica II sopra indicato;

3. Che l'impresa mandante Geom. Ingrà Ferdinando avrà una percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG1 - classifica II pari al 40% e, con le seguenti quote di partecipazione sull'intera opera:

A.T.I. Tra OG 1 OG3-OG9-OG10

Impresa capogruppo Di Grazia Giovanni 60% 100%

Impresa 1^ mandante Ingrà Ferdinando 40% 0,00%

Impresa 2^ ausiliaria Cristofaro Mario

Derivatamente, la sua ammissione alla gara è del tutto legittima e non si ritengono quindi sussistenti i presupposti per l'invocato intervento in autotutela.

La dichiarazione sopra riportata è stata resa dalla costituenda A.T.I. con capogruppo la mandataria Impresa Geom. Di Grazia Giovanni a seguito dell'avviso del 26/02/2013, relativo alla rettifica circa il criterio di aggiudicazione della gara, ed a seguito ancora del nuovo invito a partecipare alla gara medesima.

Quanto in precedenza dalla stessa dichiarato allo scopo di partecipare alla selezione, a seguito dell'avviso pubblico di preinformazione dell'11/01/2013, per l'invito alla procedura di gara costituiva, invero, non soltanto un adempimento in alcun modo dovuto, ma altresì irrilevante ad ogni effetto>>.

Asserisce l'a.t.i. ricorrente che la documentazione esaminata in sede di accesso dai germani Fresta, in parte fotografata, sarebbe stata ben diversa (in quanto prodotta dal raggruppamento controinteressato nell'originaria composizione), rispetto a quella successivamente rilasciata dal R.U.P. e sulla quale lo stesso avrebbe fondato la reiezione del reclamo.

Inoltre, quest'ultima recherebbe evidenti alterazioni nella modifica delle date delle dichiarazioni delle imprese componenti l'a.t.i. "Geom. Di Grazia Giovanni (capogruppo), Geom. Cristofaro Mario (mandante), Geom. Ingrà Ferdinando

(mandante)”, nonché aggiunte nella fidejussione rilasciata dalla Allianz S.p.A. con l'originaria precisazione che “l'esatta contraenza della polizza è: Impresa Mandataria Capogruppo: Impresa Di Grazia Giovanni ... Impresa Mandante: Cristofaro Mario ... Impresa Mandante: Ingrà Ferdinando ...”; laddove, poi, è risultata cancellata a penna l'espressione “mandante” in testa a “Cristofaro Mario”, sostituita con l'espressione “Ausiliaria”.

Infine, in tutti i verbali di gara, come già ricordato in narrativa, il R.T.I. dichiarato aggiudicatario sarebbe stato sempre indicato come a.t.i. “Geom. Di Grazia Giovanni (capogruppo), Geom. Cristofaro Mario (mandante), Geom. Ingrà Ferdinando (mandante)”; persino nella comunicazione dell'esito della gara effettuata con nota n. 887/LL.PP. del 29/04/2013, salvo poi ad effettuare una nuova comunicazione con nota n. 903/LL.PP., il giorno successivo, 30/04/2013, per sostituire la ridetta espressione con quella “Geom. Di Grazia Giovanni (capogruppo)”.

Asserisce parte ricorrente che, poiché i verbali di gara hanno fede privilegiata, deve concludersi che il concorrente realmente ammesso e partecipante alla gara sia stato l'a.t.i. “Geom. Di Grazia Giovanni (capogruppo), Geom. Cristofaro Mario (mandante), Geom. Ingrà Ferdinando (mandante)”.

Se così é, risulterebbe fondato il motivo come sopra proposto, per carenza in capo all'Impresa mandataria dei requisiti di cui all'art. 40 D.Lgs n. 163/2006 per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo.

2. Violazione e falsa applicazione della determinazione dirigenziale n. 1 dell'11/01/2013, pubblicata all'Albo pretorio del Comune di Scordia in data 18/01/2013 - Violazione ed erronea applicazione dell'art. 122, comma 7 e dell'art. 57 comma 6 del D.Lgs n. 163/2006 - Violazione del principio di par condicio - Sviamento di potere.

Asserisce parte ricorrente che sia per quanto stabilito dalla Determinazione n. 1 dell'11.1.2013 del Dirigente dell'Area IV Lavori Pubblici del Comune resistente, sia secondo le previsioni del Codice dei Contratti Pubblici, gli operatori economici selezionati (a seguito di una sorta di “pre-gara”) per essere invitati a produrre l'offerta, non possono essere diversi da coloro che poi effettivamente producono l'offerta.

Sicché, anche a prescindere dalla tesi sostenuta in sede di rigetto del reclamo, posto che sarebbe inconfutabile che nella prima fase di selezione ha chiesto di essere ammessa una costituenda a.t.i. priva dei necessari requisiti di partecipazione, la stessa avrebbe dovuto essere comunque esclusa.

3. Violazione e falsa applicazione della determinazione dirigenziale n. 1 dell'11/01/2013, pubblicata all'Albo pretorio del Comune di Scordia in data 18/01/2013 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 e dell'art. 75 del D.Lgs n. 163/2006.

La documentazione prodotta in sede di riedizione della gara dalla costituenda a.t.i. non avrebbe comunque potuto esser presa in considerazione dalla Stazione appaltante, sicché l'offerente avrebbe dovuto comunque essere esclusa, per le evidenti alterazioni e cancellazioni, tali da rendere incerta la data delle dichiarazioni e il soggetto contraente la polizza fidejussoria prodotta ai fini dell'ammissione.

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 122, comma 7, e dell'art. 57, comma 6, del D.Lgs n. 163/2006 in relazione all'art. 49 del medesimo D.Lgs..

Asserisce parte ricorrente che dal combinato disposto dell'art. 49 del Codice dei Contratti Pubblici (che regola l'avvalimento) e dei successivi artt. 57, comma 6, e 122, comma 7, detto istituto non sarebbe compatibile con le procedure negoziate, basate, implicitamente, sull'*intuitus personae*.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 122, comma 7, e dell'art. 57, comma 6, del D.Lgs n. 163/2006 in relazione all'art. 49 del medesimo D.Lgs. sotto altro profilo.

In ogni caso, la volontà di utilizzare l'istituto dell'avvalimento deve essere espressa dal concorrente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, anche attraverso l'allegazione sia della dichiarazione dell'impresa ausiliaria di cui all'art. 49 comma 2 lett. d), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, sia del contratto di avvalimento.

Nel caso in esame nulla sarebbe stato prodotto in occasione dell'originaria ammissione alla gara.

6. Violazione e falsa applicazione dell'art. 49, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006.

In base alla disposizione caladata, per gli appalti di lavori, il concorrente potrebbe avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione.

Sarebbe concepibile che il bando di gara ammetta l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando, però, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.

Nel caso in esame, la costituenda a.t.i. avrebbe comunque dovuto essere esclusa per l'utilizzo frazionato della qualificazione in categoria OG1 classifica II dell'impresa ausiliaria.

Costituitosi, il Comune ha concluso per l'infondatezza del ricorso, posto che i requisiti delle imprese offerenti andrebbero valutati soltanto in sede di offerta, essendo irrilevante, in tal senso, la fase di pre-qualificazione prevista dal combinato disposto degli artt. 122 e 57 del Codice dei contratti.

Ad analoghe conclusioni si è affidata la controinteressata.

Con Ordinanza n. 575/13 del 14.6.2013, la Sezione ha rigettato la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati, in considerazione della “suddivisione della procedura operata dall’Amministrazione e (del)l’articolazione all’interno di ogni fase di una autonomia di partecipazione dei concorrenti” e di un precedente su questione analoga (Consiglio di stato, III, n. 1328/2013).

Con Ordinanza n. 633/13 dell’11.7.2013, il CGA per la Sicilia ha accolto l’appello avverso la detta decisione cautelare resa da questo Tribunale nei limiti della fissazione del merito ai sensi dell’art. 55, comma 10, c.p.a., riferendosi, essenzialmente, “ai motivi di ricorso non delibati in prime cure in sede cautelare e, tra essi, soprattutto ai profili afferenti alla validità civilistica del documento fideiussorio prodotto dall’a.t.i. aggiudicataria e, in senso negativo, all’eventuale soccorribilità ex art. 46 D.lgs.vo n. 163/2006 della produzione documentale in proposito effettuata in gara da detta parte”.

Alla pubblica udienza del 16.1.2014, la causa é stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

I. Con il ricorso in esame, la ricorrente impugna la mancata esclusione della controinteressata da una procedura negoziata, senza pubblicazione del bando di gara, ai sensi degli artt. 122, comma 7, e 57, comma 6, del Codice dei contratti, volta all’affidamento l’appalto di lavori di riqualificazione parcheggio ed ex mercato di Via Principessa di Piemonte con creazione area fieristica e ricettiva, per un importo a base d’asta di €. 999.895,75, di cui €. 41.427,91 per oneri di sicurezza. La controinteressata è risultata, altresì, aggiudicataria della gara e, conseguentemente, le è stato affidato l’appalto, per il quale, per come attestato all’udienza di merito, sono stati liquidati i primi due stati d’avanzamento.

Con le due prime censure, la ricorrente asserisce, conformemente al vero, che l’Amministrazione, con gli atti di autoregolamentazione ha così indicato l’oggetto dell’appalto:

Lavorazioni edili OG1/II € 345.771,87

Lavori stradali OG3/I € 176.612,93

Lav. produzione energia elettrica OG9/II € 314.188,00

Lav. impianti di pubblica illuminazione OG10/I € 163.322,95.

Il bando ha conseguentemente specificato che la categoria prevalente è la OG1/II.

La costituenda a.t.i. risultata aggiudicataria aveva chiesto di essere ammessa, dichiarando la seguente partecipazione alla gara:

1) Impresa Geom. Di Grazia Giovanni, percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria nella categoria OG3 class. I pari al 100%, nella categoria OG9 class. II pari al 100%, nella categoria OG10 class. I pari al 100%;

2) Impresa mandante Geom. Cristofaro Mario, percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG1 class. II pari al 51%;

3) impresa mandante Geom. Ingrà Ferdinando avrà una percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG1 class. II pari al 49%.

Le quote di partecipazione sull'intera opera sono pari a):

Impresa capogruppo Geom. Di Grazia Giovanni 65,42%

Impresa 1^ mandante Geom. Cristofaro Mario 17,63%

Impresa 2^ mandante Geom. Ingrà Ferdinando 16,95%.

Pertanto, la costituenda a.t.i. ha dichiarato che la capogruppo, impresa Geom. Di Grazia Giovanni, pur assumendo una quota di lavori maggioritaria, non avrebbe eseguito, in quanto sfornita della relativa qualificazione, i lavori in categoria prevalente (OG1/II).

La circostanza non è smentita dalle parti.

Asserisce la ricorrente che, con la rappresentata qualificazione e distribuzione dei lavori, la costituenda a.t.i., stante la detta composizione, avrebbe dovuto essere

esclusa dalla gara, per l'evidente violazione dell'art. 37, comma 6, del Codice dei contratti.

Replicano le parti resistenti, che la composizione dell'a.t.i. contenuta nell'offerta finale sarebbe identica sotto il profilo soggettivo, ma sarebbe cambiato il "ruolo" delle associate.

In particolare, come per altro è possibile evincere dal rigetto del reclamo presentato dalla ricorrente di seguito all'aggiudicazione provvisoria, l'a.t.i. nell'offerta finale ha dichiarato che:

l'impresa Geom. Di Grazia Giovanni ha una percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG3 - classifica I pari al 100%, nella categoria OG9 - classifica II pari al 100%, nella categoria OG10 - classifica I pari al 100%, e nella categoria prevalente OG1 - classifica II pari al 60% in avvalimento con l'impresa Geom. Cristofaro Mario, ausiliaria;

l'impresa ausiliaria Geom. Cristofaro Mario ha disponibilità di idonei requisiti e capacità tecniche nel settore Lavori edili OG1 - classifica II e che l'impresa avvalente intende partecipare alla gara in oggetto e, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente del requisito di qualificazione OG1 - classifica II sopra indicato;

l'impresa mandante Geom. Ingrà Ferdinando ha una percentuale di partecipazione ed esecuzione all'appalto nella categoria OG1 - classifica II pari al 40% ;

le seguenti quote di partecipazione sull'intera opera sono:

Impresa capogruppo Di Grazia Giovanni 60%

Impresa I, mandante Ingrà Ferdinando 40%

Impresa II, ausiliaria Cristofaro Mario.

In somma sintesi, i requisiti mancanti in capo alla capogruppo Di Grazia Giovanni risultano "sanati" con l'istituto dell'avvalimento, con ausiliaria la ditta Cristofaro Mario, originariamente mandante.

Il Collegio ritiene sia superfluo entrare nel merito delle questioni agitate con la prima censura e relative alle asserite “sostituzioni” dell’offerta (recte:della composizione delle imprese associate rappresentata nell’offerta), posto che, da un più approfondito esame della vicenda, tipica della fase di merito, deriva che il pur possibile cambiamento della composizione dell’a.t.i. in sede di offerta rispetto alla fase di prequalificazione non sia nel caso di specie legittimo.

Appare opportuno ricostruire il sistema.

Trattandosi di procedura “sotto soglia”, trova applicazione l’art. 122 del Codice dei contratti, che, al comma 7, così recita: *<<i> lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito e' rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed e' trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalita' di cui ai commi 3 e 5 del presente articolo, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'articolo 65, comma 1>>.*

Il richiamato comma 6 dell’art. 57 stabilisce che *<<ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono*

contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando>>.

Come emerge dalle norme richiamate, e segnatamente dal comma 6 dell'art. 57, nelle ipotesi ivi previste, rilevanti nel caso di specie, vi è una fase di prequalificazione degli operatori economici (da individuare sulla base di informazioni concernenti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione), che si conclude con la selezione di almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

La norma, quindi, riferisce di una prima fase, ove l'Amministrazione deve valutare la sussistenza di soggetti idonei, vale a dire che gli stessi siano in possesso dei requisiti di qualificazione, che (così come precisa la disposizione) devono essere concretamente verificati al momento dell'esame dell'offerta.

Il problema, quindi, si ribadisce, è se la qualificazione, e quindi l'idoneità degli operatori economici, debba essere riferita al momento dell'ammissione alla gara ovvero a quello della presentazione dell'offerta.

Ritiene il Collegio che, pur in presenza di diverso avviso da parte della giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, V, 24.4.2013, n. 2282) vada preferita la prima soluzione.

La questione è stata affrontata *funditus* da altra decisione del giudice di seconde cure, presa a fondamento anche della ordinanza cautelare resa da questa Sezione, con la quale si è analizzata, altresì (ed è ciò che rileva nel caso in esame), la possibilità, nel passaggio dalla fase di ammissione a quella della valutazione

concreta dell'offerta, di mutare la composizione soggettiva dell'operatore economico risultato, poi, aggiudicatario.

Nella predetta ipotesi (cfr. Cons. Stato, III, 5.3.2013, n. 1328), il giudice d'appello ha, intanto, evidenziato come nel caso esaminato <<richiamando sia il bando che la lettera invito>> fosse espressamente consentito <<al concorrente di mutare, rispetto a quanto dichiarato in sede di prequalifica, la forma di partecipazione alla gara e più in generale (secondo) i principi rivenienti dagli artt. 37 c.9, 12 e 51 del codice degli appalti.

<<Da tali norme emergerebbe un preciso indirizzo legislativo volto a favorire il fenomeno del raggruppamento associativo o consortile e ad individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura da cui far decorrere il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti, divieto che non opererebbe per la fase di prequalificazione (C.d.S., sez. V 31 maggio 2011 n. 3256; sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588)>>.

Nel caso di specie, continua la detta decisione, <<va premesso che la stessa stazione appaltante aveva consentito, prima della presentazione delle offerte, la modificazione soggettiva de quo, infatti in vista della presentazione delle offerte era stata posta alla Regione una richiesta di chiarimenti in merito alla possibilità “per un concorrente qualificato e invitato quale RTI costituendo di presentare l'offerta come consorzio costituito dalle stesse imprese costituenti il RTI con l'aggiunta di altre imprese” e la Regione aveva confermato la possibilità di tale modifica . . . >>.

Dopo la richiamata premessa, la sentenza n. 1328/13 ha precisato che <<oltre alle previsioni della lex specialis non preclusive della forma giuridica di partecipazione, deve rilevarsi, su un piano generale, che sia dagli articoli 37 (co.9 e 12) e 51 del codice dei contratti, sia dalla normativa comunitaria di riferimento, emerge la indifferenza dell'ordinamento, alla veste giuridica a mezzo della quale gli operatori

concorrono alle procedure di gara ed alle eventuali modifiche della veste assunta inizialmente, quanto meno fino alla presentazione delle offerte.

<<In particolare l'articolo 37 co. 9 e 12 del codice degli appalti consente espressamente che l'operatore prequalificatosi modifichi il proprio profilo soggettivo in vista della gara, *sempre che detta modifica intervenga prima della presentazione delle offerte e sempre che la stessa non risulti preordinata a sopperire ad una carenza di requisiti intervenuta medio tempore o esistente ab origine* (Cons. Stato, IV n.4327/2010 e n.4327/2010)>>.

La condivisibile affermazione, quindi, depone chiaramente nel senso che il mutamento soggettivo è ben possibile, *a condizione*, però, che il soggetto originario, proprio perché, precisa il Collegio, ammesso a una selezione, *fosse già in possesso dei requisiti necessari per l'ammissione*.

Diversamente opinando, verrebbe ad alterarsi il principio della *par condicio* tra i vari operatori, in quanto verrebbero ammessi soggetti non titolati a discapito di altri eventualmente non invitati alla fase successiva a quella della qualificazione iniziale, proprio perché privi, in maniera compiuta, dei requisiti necessari, ovvero, ancor più, sempre per tale carenza, di altri, che, correttamente, consapevoli dell'assenza della propria idoneità a partecipare, non hanno richiesto l'invito alla gara.

Quindi, è vero che, come ulteriormente osservato con la decisione 1328/13, <<l'art. 37 co. 9 denuncia la volontà del legislatore di individuare nella presentazione dell'offerta, il momento a partire dal quale sorge il divieto di modificazione soggettiva della composizione dei partecipanti alla gara>> e che <<l'art. 37 co. 12 consente la possibilità di mutare forma giuridica tra prequalifica e gara là dove consente che il concorrente prequalificatosi nella veste di operatore singolo, possa poi partecipare in forma associata e dunque in una forma giuridica diversa da quella originaria>>.

E', altresì, vero che <<l'articolo 51 del codice dei contratti ha rafforzato l'autonomia organizzativa dei concorrenti per la partecipazione alle gare sancendo la configurabilità di fenomeni di successione nella titolarità della posizione del concorrente, offerente o aggiudicatario a fronte di specifiche vicende soggettive>>.

Ed è, infine, condivisibile che <<identiche, se non più pregnanti indicazioni, si rinvencono nella normativa comunitaria (art. 4 co.2 Dir. CE 18/2004) che prevede espressamente che: "Ai fini della presentazione di una offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica">>.

Ma, ad avviso del Collegio, è altrettanto vero che le consentite modifiche soggettive tra fase di prequalificazione e dell'offerta non possano alterare "il gioco concorrenziale", impedendo a soggetti *ictu oculi* non qualificati *ab initio* di restare (legittimamente) esclusi dalla selezione, al contrario di altri, rivelatisi idonei solo al momento della valutazione dell'offerta, ma altrettanto inidonei nella fase di prequalificazione.

Ed in tal senso depone, come chiarito, la condivisa decisione n. 1328/13 più volte richiamata, che, per altro, giustificando la trasformazione da r.t.i. a consorzio dalla fase di prequalifica a quella della concreta valutazione dell'offerta, ha chiaramente precisato che <<nel caso di specie la modifica della forma giuridica *non era preordinata a sopperire a carenze dei requisiti generali o speciali in capo alle imprese prequalificatesi poi confluite nel consorzio* in quanto l'aggiunta nella compagine della società . . . rispetto alle imprese originariamente invitate *aveva la finalità di acquisire l'apporto di ulteriori requisiti comunque già posseduti ab initio dalle imprese prequalificatesi risolvendosi in una maggiore garanzia per la stazione appaltante*>>.

Del resto, conclude il Collegio, anche nel caso in esame, gli atti di autoregolamentazione suggeriscono la detta conclusione.

Ed invero, nell'avviso pubblico di preinformazione dell'11.1.2013, oltre alla chiara indicazione dell'oggetto dell'appalto e degli importi delle singole lavorazioni, cui sono espressamente associate le singole categorie richieste (OG1, OG3, OG9 e OG10), viene stabilito che "gli operatori economici, aventi i requisiti previsti per legge, che hanno intenzione di ottenere la selezione per l'invito alla procedura possono far pervenire la propria candidatura-disponibilità . . .".

Nel verbale di presa d'atto delle disponibilità pervenute in seduta pubblica del 5.2.2013 si precisa che "verranno ammesse alla successiva fase di negoziazione numero 20 (venti) soggetti idonei secondo le indicazioni dell'art. 122 comma 7 secondo periodo, *qualora sussistono in tal numero soggetti idonei e in possesso delle relative qualificazioni e requisiti di legge*, ai quali sarà richiesto, *con successiva lettera di invito di presentare la propria offerta per la realizzazione delle opere*".

E la medesima dicitura è stata riprodotta nel successivo verbale dell'11.2.2013 della seduta pubblica di selezione tramite sorteggio delle disponibilità pervenute, nonché nell'avviso di rettifica del 26.2.2013, con il quale, di fatto, è stato riformulato il criterio di aggiudicazione ed è stato disposto un nuovo termine per la riformulazione dell'offerta, previo ritiro di quelle eventualmente già presentate.

Quindi, la disposizione, più volte riprodotta negli atti di regolamentazione della gara, stabilisce chiaramente che i soggetti idonei erano coloro ai quali, in quanto in possesso delle relative qualificazioni e dei requisiti di legge, sarebbe stato richiesto di presentare successivamente l'offerta.

Se così è, si ribadisce, sia la ricostruzione della normativa applicabile al caso di specie, sia quanto stabilito dallo stesso seggio di gara depongono per la possibilità di modifica soggettiva tra la fase di prequalificazione rispetto a quella della gara effettiva, ma a condizione che già nella prima vi fossero in capo all'operatore economico i presupposti sia per l'invito, che per l'eventuale aggiudicazione.

Requisiti che, dunque, possono essere arricchiti, modificati, sostituiti, ma non acquisiti per la prima volta in sede di offerta.

Ciò chiarito, occorre, a questo punto, stabilire se l'aggiudicataria fosse in possesso dei requisiti *ab origine*.

Asserisce la ricorrente, e la circostanza non viene contestata dalle parti resistenti, che secondo la composizione originaria dell'ati controinteressata, l'impresa capogruppo (Geom. Di Grazia Giovanni), pur assumendo una quota di lavori maggioritari, non aveva dichiarato, in quanto sfornita della relativa qualificazione (acquisita tardivamente nella seconda fase dell'offerta, mediante la procedura dell'avvalimento con una delle originarie mandanti), di effettuare in maniera assoluta i lavori di categoria prevalente.

Ora, come sostenuto con il primo motivo di ricorso, l'art. 37, comma 6, del codice degli appalti stabilisce che <<nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'articolo 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale>>.

Nel caso di specie, la categoria prevalente era stata affidata per intero alle mandanti nella percentuale del 51 e 49% (e, quindi, si ribadisce, dello 0% in capo alla mandataria capogruppo).

Per quanto di interesse, è ancora attuale il parere dell'AVCP n. 159 del 21/05/2008, secondo il quale <<si deve innanzi tutto chiarire che ai sensi dell'articolo 37, comma 6, del d. Lgs. n. 163/2006, nei raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di qualificazione devono essere posseduti dal

mandatario per i lavori riconducibili alla categoria prevalente, per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per la categoria scorporabile e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

<< L'associazione temporanea di tipo misto è, quindi, una associazione di tipo verticale in cui o la mandataria è costituita da un sub associazione orizzontale e le mandanti sono anch'esse sub associazione orizzontale per ognuna delle categorie scorporabili ovvero solo le mandanti sono in sub associazione orizzontale.

<< Sulla base di detta disposizione, pertanto, sono ammessi a partecipare alla gara in esame anche i raggruppamenti di tipo misto, pur nel silenzio del bando, in applicazione del principio di eterointegrazione, in base al quale le disposizioni dei bandi di gara devono ritenersi integrate con le norme di legge aventi valore imperativo, senza necessità di un specifico rinvio.

<< La problematica concernente la qualificazione delle associazioni di tipo misto, è stata affrontata dall'Autorità con la determinazione n. 25/2001, nella quale ha chiarito che nelle associazioni temporanee di tipo misto:

la mandataria deve possedere la qualificazione per la categoria prevalente per una classifica adeguata almeno al 40 per cento dell'importo cui deve far fronte l'intera sub associazione orizzontale . . . >>

L'attualità di detta ultima percentuale deriva dall'art. 92, comma 2, del Regolamento esecutivo del Codice dei contratti (dpr 5.10.2010, n. 207), a mente del quale: “per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice, ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel

bando di gara devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nella misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione, nel rispetto delle percentuali minime di cui al presente comma. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara”.

Quindi, non essendo *ab origine* la mandataria esecutrice della categoria prevalente o la sub associazione orizzontale costituita sempre dalla detta associata nella misura minima del 40%, in effetti, vi è la violazione delle prescrizioni contenute nelle norme richiamate e, quindi, l'illegittimità dell'ammissione della predetta a.t.i. risultata, poi, aggiudicataria.

Consegue la fondatezza della censura e, quindi, del ricorso.

II. Per completezza, ritiene il Collegio di dover fornire contezza anche delle censure relative alla asserita alterazione della cauzione provvisoria, poste a fondamento dell'indicazione di riesame da parte del Giudice di seconde cure, con l'ordinanza resa in fase cautelare.

Sul punto, al di là delle osservazioni dubitative ivi contenute, altrimenti suscettibili della massima attenzione, è da ritenere che, secondo recente condivisibile giurisprudenza (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 3 gennaio 2013, n. 16), <<l'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera d), del decreto legge n. 70/2011, prevede la tassatività delle cause di esclusione dalla procedura di affidamento del contratto di appalto, disponendo come segue: "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di

mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle";

<< l'art. 75 del codice dei contratti pubblici prevede - ai commi da 1 a 6 - l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente, a garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario;

<<tuttavia tale disposizione non prevede alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia non venga prestata, mentre l'ottavo comma dello stesso articolo 75, prevede espressamente "a pena di esclusione" che l'offerta sia corredata altresì dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui all'articolo 113 (ossia la garanzia per l'esecuzione del contratto, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale), qualora l'offerente risultasse affidatario;

<< prima della novella del 2011, con la quale è stato introdotto il comma 1-bis nell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, la prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746) riteneva che la cauzione provvisoria, assolvendo la funzione di garantire la serietà dell'offerta, costituisse parte

integrante dell'offerta stessa e non elemento di corredo, sicché la mancata produzione della garanzia giustificava l'esclusione dalla gara;

<< a seguito della novella del 2011 la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493) ha chiarito che la disposizione dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici impone una diversa interpretazione dell'art. 75, che valorizza la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rende evidente "l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara";

<< alla luce di tale condivisibile opzione ermeneutica, non risulta condivisibile la tesi sostenuta dall'A.V.C.P. nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, recante "Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici" (che comunque non vincola questo Tribunale, tanto più se si considera che non è richiamata nel bando, essendo successiva alla pubblicazione dello stesso), secondo la quale costituiscono cause di esclusione tanto la mancata presentazione della cauzione provvisoria, quanto la mancata sottoscrizione da parte del garante, perché tale tesi risulta in contrasto con la ratio della novella del 2011, evidentemente tesa a limitare le cause di esclusione dalle gare ed a favorire, in ossequio al principio del favor participationis, la regolarizzazione delle domande e delle offerte che siano prive dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando;

<<deve quindi ritenersi che il bando relativo alla gara di cui trattasi sia nullo, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1, del medesimo codice, e che il provvedimento di esclusione della ricorrente sia illegittimo, perché adottato con

riferimento ad una fattispecie che la legge considera come una mera irregolarità sanabile ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici>>.

Se così è, se, cioè, la cauzione non è parte integrante dell'offerta, gli eventuali vizi che l'affliggono non possono comunque determinare l'esclusione della partecipante, posto che gli stessi costituiscono un *minus*, rispetto alla carenza assoluta, appunto, non invalidante l'offerta.

Conclusivamente, assorbiti gli ulteriori motivi di gravame, consegue la fondatezza del ricorso.

III. Sul risarcimento del danno.

La ricorrente ha chiesto, a titolo di risarcimento in forma specifica derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, che venga dichiarata l'inefficacia del contratto frattanto stipulato con questa dall'Amministrazione resistente e che venga disposto l'affidamento, per il tempo residuo, dell'appalto in suo favore.

La questione, intanto, in assenza di deduzioni delle parti in ordine alla sussistenza delle violazioni c.d. "gravi" previste dall'art. 121 c.p.a., va regolata secondo i criteri dalla successiva norma stabilita dall'art. 122 del medesimo codice.

La citata disposizione attribuisce innovativamente al giudice il potere di decidere se dichiarare oppure no inefficace il contratto, in base ad una serie di parametri che, seppure oggettivi, sono però da combinare in vario modo tra loro, in relazione alle specifiche e variabili caratteristiche della situazione di fatto di volta in volta in esame.

<< Infatti, nel decidere sulla sorte del contratto in esito all'annullamento dell'aggiudicazione, nell'esercizio di una funzione imparziale e terza che deve però considerare la rilevanza pubblicistica degli interessi perseguiti attraverso il contratto, il giudice deve tenere conto, in particolare:

- degli interessi delle parti;

- dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati;

- e, conseguentemente, dello stato di esecuzione del contratto e della correlata possibilità di subentrare nel contratto, sempreché il vizio dell'aggiudicazione non comporti invece il mero obbligo di rinnovare la gara, e la domanda di subentrare sia stata proposta>> (cfr. TAR Catania, IV, 26.3.2012, n. 839).

Ciò posto, ritiene il Collegio che non vi siano ragioni, rispetto agli interessi complessivi delle parti, anche in riferimento al "silenzio" dalle stesse serbato, che suggeriscano la declaratoria dell'inefficacia del contratto, poiché è stato dimostrato dal Comune resistente, mediante il deposito della certificazione del pagamento del secondo stato d'avanzamento, che lo stesso (relativo alla realizzazione di un'opera pubblica dove organizzazione di cantiere e "responsabilità" per i lavori realizzati consigliano sempre cautela) è stato espletato per circa 2/3.

Ed invero, per come viene confermato in detta certificazione, tenuto conto del ribasso d'asta, l'offerta che ha determinato l'aggiudicazione è stata pari a € 717.802,37, mentre i due pagamenti effettuati ammontano a complessivi € 450.944,48.

Sicché, conclusivamente, mentre va annullata l'aggiudicazione a favore della controinteressata, va confermata l'efficacia del contratto.

IV. Va, pertanto, scrutinata la domanda di risarcimento del danno per equivalente, quantificato nella misura del 10% (quale mancato utile d'impresa) e del 3% (a titolo di perdita curriculare) dell'importo a base d'asta dell'appalto depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

La domanda si presta ad essere accolta, pur con le precisazioni che seguono, sussistendo i requisiti per configurare in capo alla Amministrazione resistente il denunciato illecito c.d.aquiliano e, conseguentemente, per fondare l'obbligo risarcitorio.

In particolare, è certo che, ove l'Amministrazione avesse escluso la controinteressata, le ricorrenti avrebbero potuto conseguire l'aggiudicazione del servizio.

Sicché, il comportamento dell'Amministrazione è evento che ha causato il danno per il quale viene adesso richiesto il ristoro per equivalente.

In ordine alla sussistenza dell'elemento della colpa e, quindi, del profilo psicologico, secondo la più recente Giurisprudenza, la stessa non è più ritenuta necessaria per configurare la risarcibilità del danno.

Come da ultimo ribadito da questo stesso Tribunale (cfr. TAR Catania, IV, 22.11.2012, n. 2636), a seguito <<della pronuncia della Corte Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010 (causa C-314/2009), . . . il profilo dell'accertamento della sussistenza della colpa . . . è destinato a perdere ogni importanza, essendosi affermato che "la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento, a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'Amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata".

<< In sostanza, la Corte ha ritenuto che gli Stati membri non possono subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere

colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice.

<< In primo luogo la Corte, . . . ha chiarito che . . . la direttiva 89/665 stabilisce solamente i requisiti minimi che le procedure di ricorso istituite negli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare al fine di garantire l'osservanza delle prescrizioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, e che in mancanza di una disposizione specifica in merito spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro determinare le misure necessarie per garantire che le procedure di ricorso consentano effettivamente di accordare un risarcimento ai soggetti lesi da una violazione della normativa sugli appalti pubblici.

<< Ora, per la Corte “il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto ‘considerando’ della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità”. E tale conclusione sarebbe suffragata, da un lato, dal fatto che gli Stati membri possono prevedere per questo tipo di ricorsi termini ragionevoli da osservarsi a pena di decadenza, e ciò per evitare che i candidati e gli offerenti possano in qualsiasi momento allegare violazioni della normativa suddetta, e dall'altro dalla circostanza che gli stessi hanno la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento.

<< In tale contesto, ha precisato la Corte, “il rimedio risarcitorio può costituire un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva [...], soltanto a

condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata – così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso... – alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice”.

<< Da questo punto di vista, la Corte ha rimarcato che, come rilevato dalla Commissione europea, poco importa al riguardo che la disciplina di riferimento “non faccia gravare sul soggetto leso l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì imponga a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, limitando i motivi invocabili a tal fine”, perché “quest'ultima normativa genera anch'essa il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante”.

<< In definitiva, secondo la Corte di Giustizia l'accertamento, a fini risarcitori, della responsabilità di una pubblica Amministrazione per violazione del diritto comunitario deve prescindere da qualsiasi forma di colpevolezza, anche laddove tale accertamento sia, come era finora, di tipo oggettivo, in quanto legata alla gravità della violazione stessa>>.

IVa) In ordine all'*an* e al *quantum* del risarcimento va osservato quanto segue.

E' da premettere che in relazione al lucro cessante, le ricorrenti chiedono il risarcimento dell'utile presuntivo non percepito, quantificandolo nel 10 % della base d'asta, per il mancato guadagno, e nel 3%, a titolo di danno curriculare.

Come è noto, la Giurisprudenza (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999 n. 500) ha già da tempo affermato il principio per cui anche la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, può essere fonte di responsabilità aquiliana, e quindi dar luogo a

risarcimento del danno ingiusto, a condizione che risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima dell'Amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale il primo si correla e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo. E questo perché ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, visto che la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Come rammentato da questo stesso Tribunale (cfr. TAR Catania, IV, 2636/12, cit.) «tale principio, come è noto, è stato consacrato in via generale dal legislatore, dapprima con l'art. 7 della L. n. 205/2000, che, nel sostituire l'art. 35 del D.Lgs. n. 80/98, ha previsto che “il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”, e, nel sostituire il primo periodo del terzo comma dell'art. 7 della L. n. 1034/71 ha previsto che “il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”.

« E, da ultimo, con il D.Lgs. n. 104/2010, di approvazione del codice del processo amministrativo, che all'art. 7, commi 4 e 5, dispone che “sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi”.

<< E il successivo art. 34, comma 1, lett. c), prevede che “in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda,...condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell’articolo 2058 del codice civile”.

<< . . . Da tutto quanto premesso, consegue che, non essendoci la necessità di riscontrare nella fattispecie in esame l’elemento soggettivo, solitamente richiesto per la configurabilità di un danno risarcibile, deve essere verificata la sussistenza degli altri requisiti richiesti per il risarcimento del danno, e cioè la lesione della situazione soggettiva tutelata, l’esistenza di un danno patrimoniale e la sussistenza di un nesso causale tra l’illecito ed il danno subito.

Per quanto riguarda la situazione soggettiva, si è già detto.

Il nesso causale sussiste anch’esso, perché, come chiarito in punto di diritto, con una corretta applicazione delle disposizioni regolatrici della procedura, la ricorrente aveva titolo ad essere aggiudicataria della gara. In mancanza, ha perduto il c.d. utile d’impresa.

Si tratta, dunque, come premesso, di dover liquidare concretamente, determinandone la misura, il risarcimento del danno.

Ai sensi dell’art. 1223 cod. civ., si deve avere riguardo al danno emergente e al lucro cessante e, cioè, rispettivamente, alla concreta diminuzione reale del patrimonio del privato (che nel caso della procedura ad evidenza pubblica per conseguire l’affidamento di un appalto può essere riferito alle spese sostenute per la partecipazione alla selezione, che, nel caso in esame, non sono oggetto di alcuna specifica domanda) e alla perdita di un’occasione di guadagno o, comunque, di un’utilità economica connessa all’adozione o all’esecuzione del provvedimento illegittimo.

Se per il danno emergente non vi è alcuna difficoltà probatoria, consistendo la prova nella semplice necessaria produzione in giudizio della documentazione attestante le spese sostenute, per il lucro cessante, oggetto della specifica richiesta introdotta dalle ricorrenti, l'onere della prova è più complesso.

In questo caso (cfr. TAR Catania, 2636/12 cit.), «per avere accesso al risarcimento, infatti, il privato deve dimostrare non solo che la sua sfera giuridica ha subito una diminuzione per effetto dell'atto illegittimo, ma che non si è accresciuta nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento viziato non fosse stato adottato o eseguito.

« In precedenza, sia il legislatore che la giurisprudenza hanno sentito l'esigenza di ricorrere a criteri presuntivi ed astratti di determinazione del danno.

« Il primo ha individuato un preciso canone per la determinazione del pregiudizio connesso alla perdita di un'occasione di successo in una procedura concorsuale, definendo, con l'art. 35 del D.Lgs. n. 80/98 (ora abrogato dal n. 20 del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104), un peculiare metodo di liquidazione del danno fondato proprio sulla definizione giudiziale di parametri valutativi indeterminati.

« La giurisprudenza amministrativa ha invece individuato in via equitativa, ex art. 1226 c.c., un riferimento positivo, applicato analogicamente in materia di appalti sia di servizi che di forniture, prima nell'art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F, poi nell'art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, nell'art. 37 septies, comma 1, lett. c, della l. 11 febbraio 1994 n. 109, e infine nell'art. 134 del D.Lgs. 163/2006; tutte disposizioni che quantificano nel 10% "dell'importo delle opere non eseguite" l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'Amministrazione, nella determinazione forfettaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici (cfr.,

ex multis, Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012; Id., sez. V, 30 luglio 2008 n. 3806).

<< Tale orientamento, peraltro molto diffuso, non era però seguito in maniera unanime, sostenendosi anche che ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il soggetto che avanza la domanda di risarcimento deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo, perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti. Inoltre, nel processo amministrativo non sarebbero ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c., e il ricorso alla c.d. "sentenza sui criteri" – ex art. 35, comma 2, d.lgs. n. 80/1998 – di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della P.A. (cfr. Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967).

<< Alla luce di quanto ora disposto dall'art. 124 del citato D.Lgs. 104/2010, relativo alla “tutela in forma specifica e per equivalente”, ai sensi del quale “se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”, il Collegio ritiene che tale orientamento più rigoroso vada condiviso, ma che esso non sia incompatibile con il precedente indirizzo>>.

E' da condividere la conclusione cui giunge la detta decisione di questo stesso Tribunale , secondo la quale le ricorrenti hanno assolto <<l'onere probatorio previsto dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, poiché l'esistenza ("an") del danno è stata provata in modo univoco, dato che con la corretta applicazione delle regole di gara la ricorrente sarebbe stata l'aggiudicataria, e avrebbe quindi lucrato il c.d utile

d'impresa, visto che deve darsi come dato acquisito quello per cui ogni impresa esercita la propria attività perché vi realizza un guadagno.

<< E gli elementi prodotti in giudizio sono quindi sufficienti ad emettere una pronuncia che statuisca sul "quantum" spettante a titolo di riparazione pecuniaria, tenendo conto del fatto che, in materia di illeciti civili in generale, la prova del danno può essere articolata con ogni mezzo, ivi comprese le allegazioni e le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. III, 13 giugno 2008 n. 15986, con la precisazione che la relativa dimostrazione deve comunque risultare idonea a consentire al giudice, in applicazione della *regula iuris* di cui all'art. 116 c.p.c., una valutazione in concreto – e cioè caso per caso, anche a prescindere da mere regole statistiche – dell'assunto attoreo, rappresentato in termini consequenziali di verifica dell'evento di danno/conseguenza ingiustamente dannosa, secondo la regola di inferenza probatoria del «più probabile che non»).

<< Pertanto, per quanto già precisato, il Collegio ritiene che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso, e in particolare di quello derivante dal mancato guadagno inevitabilmente derivante dalla mancata esecuzione dei lavori, e anche del danno legato all'impossibilità di vantare in futuro quello specifico appalto nel proprio curriculum d'impresa, cioè la mancata acquisizione di requisiti di qualificazione e di valutazione, invocabili in successive gare>>.

Ciò posto, per quanto riguarda il mancato utile d'impresa, in applicazione dei principi di cui al citato art. 1226 c.c., il Collegio ritiene, diversamente dalla pronuncia n. 2636/12 diffusamente sopra richiamata, che non può essere riconosciuto tout court il 10% dell'importo derivante dal ribasso operato in offerta e come sopra determinato.

Invero, coerentemente con l'indirizzo in precedenza seguito (cfr., ex multis, TAR Catania, III, 23.11.2011, n. 2760), questa voce di danno deve essere ulteriormente

ridotta in applicazione del diffuso orientamento giurisprudenziale che tiene conto – nella stima del lucro cessante – anche della posta negativa rappresentata dall'*aliunde perceptum*.

Ci si riferisce in particolare al filone giurisprudenziale che ha precisato come: “(...) il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile. Si tratta, appunto, di una applicazione del principio dell'*aliunde perceptum* (ben nota alla giurisprudenza civilistica: basti pensare all'*aliunde perceptum* del lavoratore illegittimamente licenziato e poi reintegrato), in base al quale, onde evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio, quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione .

L'onere di provare l'assenza dell'*aliunde perceptum* grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa (cfr., da ultimo, Cons Stato, sez. V, 11.6.2013, n. 3230).

Tale ripartizione dell'onere probatorio, che ha sollevato in dottrina alcune perplessità (si è sostenuto che l'*aliunde perceptum* verrebbe in considerazione come fatto impeditivo del diritto al risarcimento del danno e non come fatto costitutivo, con la conseguenza che la relativa prova dovrebbe gravare sulla stazione appaltante e non sul privato), muove, tuttavia, come sopra si evidenziava, dalla presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore (specie se

in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili. In sede di quantificazione del danno, pertanto, spetterà all'impresa dimostrare, anche mediante l'esibizione all'Amministrazione di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno." (Cons. Stato, VI, 3144/2009; negli stessi termini, Cons. Stato, VI, 7004/2010; Cons. Stato, VI, 2751/2008; Tar Puglia Bari, 3456/2010; Tar Lazio Roma, III, 33406/2010; Tar Liguria Genova, II, 1213/2010).

Sebbene la soluzione rigorosa appena descritta non risulti unanimemente condivisa in giurisprudenza (cfr. in senso contrario C.G.A. 2126/2010; Tar Molise Campobasso, 128/2009), il Collegio ritiene di confermare l'opzione interpretativa in tal senso seguita fino ad ora dal Tribunale (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, III, 23.11.2011, n. 2760 cit.; sez. II, 8.9.2011, n. 2196; sez. I, 10 marzo 2011, n. 569; Tar Catania, I, 2075/2009; Tar Catania, I, 1681/09), che risulta comunque conforme all'orientamento giurisprudenziale più diffuso.

L'opzione della prova a carico dell'Amministrazione circa l'utilizzo di mezzi e persone in altre attività dell'impresa, infatti, finirebbe con il determinare una vera e proprio "*probatio diabolica*" di impossibile applicazione.

In conclusione, il risarcimento per lucro cessante dovuto alle ricorrenti – in mancanza della prova del mancato utilizzo di strumenti e maestranze in ulteriore e diverso impiego produttivo – va calcolato nella misura che sembra equo determinare nel 5 % sul valore della base d'asta quale risulta dall'applicazione della percentuale di ribasso offerta dalle ricorrenti al momento della partecipazione alla

gara (e, quindi limitata alla sola offerta economica, posto che la parte residua é incompressibile, e, come tale, non oggetto di possibile mancata perdita economica). L'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto, però, può rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253).

In particolare, secondo quanto condivisibilmente precisato dalla decisione 2636/12 più volte richiamata, <<il danno che l'impresa riceverà in futuro dal mancato inserimento di questo specifico appalto nel proprio curriculum d'impresa, cioè il risarcimento del danno futuro, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante, non può compiersi in base ai medesimi criteri di certezza che presiedono alla liquidazione del danno già completamente verificatosi nel momento del giudizio, e deve avvenire secondo un criterio di rilevante probabilità; a tal fine, il rischio concreto di pregiudizio è configurabile come danno futuro ogni volta che l'effettiva diminuzione patrimoniale appaia come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocamente sintomatici di quella probabilità, secondo un criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2010 n. 10072).

<< Probabilità che, in fattispecie come quelle in esame, è certamente elevata, essendo legata alla normale attività d'impresa, fondata su una necessaria costante partecipazione alle gare d'appalto>>.

Motivo per il quale il Collegio ritiene che la voce del c.d. danno curriculare possa essere ragionevolmente quantificata in misura pari al 3% - equitativamente stimata e calcolata sull'intera base d'asta.

Trattandosi di debiti di valore (risarcimento del danno), sulle somme così liquidate deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dal giorno della stipula del contratto (individuabile come data dell'evento causativo di danno) e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

Sulle somme rivalutate non vanno computati gli interessi legali, spettanti invece dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 25 maggio 2011, n. 1279 e 7 gennaio 2010, n. 3).

Conclusivamente, il ricorso va accolto nei limiti sopra indicati.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sezione staccata di Catania (Sezione Quarta) - definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei modi e nei sensi di cui alla parte motiva.

Condanna l'Amministrazione resistente alle spese di giudizio che liquida in € millecinquecento/00, oltre spese generali, IVA e CPA.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Francesco Brugaletta, Consigliere

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2014

IL SEGRETARIO

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