



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 5055 del 2008, proposto da Imeco s.r.l. in proprio e quale capogruppo di a.t.i. con Icem, rappresentata e difesa dall'avv. Ettore Notti, con domicilio eletto presso Antonella Martufi in Roma, via U. Tupini, n. 96;

contro

Comune di Montecorice, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello G. Feola, con domicilio eletto presso Francesco Castello in Roma, V. G. Cerbara, n. 64; Icop s.p.a. in proprio e quale capogruppo di a.t.i. con Impresa Taverna s.p.a.;

nei confronti di

Soilmare S.p.A.;

per la riforma

della sentenza del Tar Campania – Salerno, sez. I, n. 203/2008, resa tra le parti, concernente RISARCIMENTO DEL DANNO PER MANCATA AGGIUDICAZIONE DI APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2010 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Sartorio (su delega dell'avv. Notti) e Petretti (su delega dell'avv. Feola);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Salerno) ha accolto in parte il ricorso proposto dall'odierna appellante Imeco s.r.l. in proprio e quale capogruppo di a.t.i. con Icem, contro l'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori indetta dal Comune di Montecorice in favore dell'a.t.i. capeggiata dalla società I.Co.P. s.p.a..

Il Tribunale amministrativo, in accoglimento del ricorso, ha statuito che:

- a) illegittimamente era stata ammessa in gara una società terza Solimare s.p.a., che presentava un attestato SOA che recava al suo interno una certificazione di qualità che scadeva prima della data di scadenza del termine di presentazione delle offerte;
- b) se tale offerta fosse stata esclusa, la rideterminazione della soglia di anomalia senza l'offerta esclusa avrebbe portato all'aggiudicazione in favore della ricorrente anziché in favore di I.Co.P.;
- c) essendo il contratto già stipulato e in avanzato stato di esecuzione, l'interesse dell'impresa ricorrente non può essere soddisfatto mediante il subentro nel contratto, ma solo mediante il risarcimento per equivalente;
- d) il risarcimento va quantificato nella misura del mancato utile, pari al 10% del prezzo offerto, ridotto al 5% per aliunde perceptum vel percipiendum;
- e) quanto al danno emergente pari alle spese di partecipazione alla gara, va anche risarcito il costo, pari a circa 80 euro, del contributo versato all'Autorità di

vigilanza, quale costo di partecipazione alla gara, non essendo stati documentati gli altri costi di partecipazione;

f) non può essere risarcito il danno curriculare per difetto di prova.

2. Contro tale sentenza ha proposto appello principale parziale l'originaria ricorrente, con cui si contesta il solo capo di sentenza relativo al risarcimento del danno.

Ha proposto appello incidentale autonomo, nei termini, il Comune di Montecorice, con cui del pari si contesta tale solo capo di sentenza.

3. Con l'appello principale si contesta la decurtazione del risarcimento del 5% per aliunde perceptum vel percipiendum.

Si lamenta che la tutela cautelare in primo grado è stata negata sul presupposto della celere definizione del merito e che la ricorrente, nutrendo un'aspettativa certa all'aggiudicazione e alla celere definizione della lite, avrebbe immobilizzato i propri mezzi in tale attesa, non dedicandosi ad altre attività imprenditoriali.

Si contesta inoltre il capo di sentenza che ha negato il danno curriculare. La contestazione avviene riportando per esteso un precedente giurisprudenziale ritenuto calzante del Tar Calabria – Catanzaro (n. 1414/2006) che ha riconosciuto il ristoro del danno curriculare.

4. L'appello principale è infondato in relazione ad entrambi i profili dedotti.

4.1. Quanto al primo, che verte sulla riduzione del 50% della misura del risarcimento del danno, la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato afferma che il mancato utile spetta, in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, nella misura integrale solo se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e

manodopera per altri lavori o servizi, e di qui la decurtazione del risarcimento di una misura per aliunde perceptum vel percipiendum.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno. Nelle gare di appalto, l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative.

Pertanto, non costituisce, normalmente, e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività.

Di qui la piena ragionevolezza della detrazione, affermata dalla giurisprudenza, dal risarcimento del mancato utile, nella misura del 50%, sia dell'aliunde perceptum, sia dell'aliunde percipiendum con l'originaria diligenza.

Inoltre, nel caso specifico, la parte, al di là della generica affermazione di aver immobilizzato i mezzi d'opera nelle more nel giudizio, non ne ha fornito alcuna prova puntuale, né alcuna giustificazione plausibile.

4.2. Quanto al danno curriculare, è innegabile che esso sia, in astratto risarcibile. Ma la sentenza appellata ne ha in concreto negato il ristoro per mancanza di prova del danno, che era onere dell'interessato fornire.

Su tale statuizione l'atto di appello non spende alcuna puntuale censura, limitandosi a discettare dell'astratta risarcibilità di tale voce di danno (che non è in discussione) sicché il mezzo, oltre che infondato per difetto di dimostrazione, appare comunque inammissibile per mancanza di specificità.

5. Passando all'esame dell'appello incidentale autonomo del Comune, con esso si lamenta che erroneamente il primo giudice ha ritenuto sussistente la colpa della

Amministrazione. Tale colpa difetterebbe, sicché il risarcimento non avrebbe potuto accordato. Si adduce, in particolare, che il Tribunale amministrativo sarebbe incorso nell'equivoco di ritenere che il bando richiedesse, a pena di esclusione, il possesso di certificazione di qualità in corso di validità, laddove il bando richiedeva solo il possesso di attestazione SOA in corso di validità.

Nel caso specifico, la società Solimare era pacificamente in possesso di attestazione SOA in corso di validità, che al proprio interno attestava il possesso di certificazione di qualità in scadenza in data 14 dicembre 2006, anteriore a quella di scadenza del termine di partecipazione alla gara. A fronte di tale situazione, la stazione appaltante chiedeva chiarimenti all'impresa, da cui risultava che la Solimar aveva nel frattempo acquisito altra certificazione di qualità in corso di validità, ma che l'attestazione SOA non era stata aggiornata.

A fronte di tale situazione, era quantomeno opinabile che l'esclusione della Solimar fosse dovuta, e che pertanto la mancata esclusione fosse ascrivibile a colpa della stazione appaltante.

5.1. L'appello incidentale è infondato.

Il bando di gara prescrive, come condizione di partecipazione a pena di esclusione, il possesso di attestazione SOA in corso di validità per la categoria OG 7 – opere marittime, classifica V (art. 11, bando e disciplinare, quanto al contenuto della busta A).

Questo non significa tuttavia, come sostiene il Comune appellante, che non fosse necessario, a pena di esclusione, il possesso di certificazione di qualità in corso di validità.

Infatti, ai sensi dell'art. 4 d.P.R. n. 25 gennaio 2000, n. 34, a fini della qualificazione le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale, secondo la cadenza temporale di cui all'allegato B, e il possesso della certificazione di qualità aziendale è documentato nell'attestato SOA.

Secondo l'allegato B, per le opere di classifica V, il possesso della certificazione di qualità era necessario a partire dall'anno 2005.

Ne consegue che essendo la certificazione di qualità scaduta alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione, l'impresa doveva essere esclusa.

Inoltre il punto 4 del disciplinare di gara richiedeva la cauzione provvisoria nella misura ordinaria, con possibilità di ottenere il beneficio del dimezzamento della cauzione solo previa dimostrazione del possesso di certificazione di qualità in corso di validità. Invece la Solimar aveva depositato direttamente la cauzione in misura dimezzata, pur non avendo documentato di possedere certificazione in corso di validità.

La questione della necessità di esclusione di una impresa priva di un requisito imposto a pena di esclusione, non può ritenersi opinabile, per cui correttamente il Tribunale amministrativo regionale ha ravvisato la colpa della stazione appaltante. Ne deriva il rigetto dell'appello incidentale.

6. In conclusione, sia l'appello principale che quello incidentale vanno respinti.

La soccombenza reciproca giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e su quello incidentale in epigrafe, li respinge. Compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/09/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione