

Pubblicato il 04/12/2017

N. 05698/2017REG.PROV.COLL.

N. 05406/2017 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5406 del 2017, proposto da:
E... F... s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Ausiello, domiciliato ex art. 25 cod. proc. amm. presso la segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

contro

Provincia di, in persona del presidente e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, piazza

nei confronti di

C.... Costruzioni s.r.l. e P... C.... G..... s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO, SEZIONE I, n. 1131/2017, resa tra le parti, concernente una procedura negoziata

di affidamento dei lavori di miglioramento sismico ex caserma del Carabinieri di Ariano Irpino

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di ...;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Ausiello e, su delega di ...;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La E... s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania – sezione staccata di Salerno – in epigrafe, con cui è stata respinta la sua impugnazione (articolata in un ricorso e tre atti di motivi aggiunti) contro gli atti della procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c), del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, da svolgersi a mezzo di richiesta d'offerta sul mercato elettronico della pubblica amministrazione (Me.PA), per l'affidamento in appalto dei lavori di miglioramento sismico ex Caserma Carabinieri Ariano Irpino- Anno 2016, per un importo di € 788.882,62 indetta dalla Provincia di ... (con lettera di Invito / disciplinare del 29 dicembre 2016, prot. n. 75653).

2. L'offerta dell'odierna appellante era inizialmente risultata la migliore, in virtù del maggior ribasso offerto pari alla somma di € 500.979 (al netto degli oneri per la sicurezza), rispetto a quella dell'unico altro offerente, raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo la C... Costruzioni s.r.l. (€ 610.000). Tuttavia la E... F... veniva esclusa all'esito della verifica sul possesso dei requisiti di partecipazione

(nota di prot. 10612 del 1° marzo 2017). La ragione dell'esclusione era individuata in particolare nell'aver fatto ricorso all'avvalimento per i lavori appartenenti alla categoria OS21, per un valore indicato nella lettera di invito pari ad € 83.132,10, superiore al 10% del totale dell'appalto, in violazione del divieto sancito dall'art. 89, comma 11, del codice dei contratti pubblici.

3. Con i due successivi atti motivati aggiunti la E... F... impugnava quindi l'aggiudicazione definitiva conseguentemente disposta dalla Provincia di ... a favore del raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo la C... Costruzioni s.r.l (determinazione n. 400 del 20 marzo 2017). Infine, la ricorrente impugnava anche l'atto con cui l'amministrazione confermava l'esclusione, integrandone le relative ragioni (nota di prot. n. 20296 del 24 aprile 2017).

4. Tutte le censure della E. F. sono state respinte dal Tribunale amministrativo, donde il presente appello, nel quale esse sono riproposte.

5. Si è costituita in resistenza la Provincia di

DIRITTO

1. Deve preliminarmente essere respinta l'eccezione formulata dalla Provincia di ... di inammissibilità dell'appello per difetto di critica specifica alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 101, comma 1, cod. proc. amm.

Come si vedrà esaminando il primo motivo dell'appello della E... F..., l'originaria ricorrente ha in realtà articolato censure puntuali alle ragioni su cui si fonda la decisione del Tribunale amministrativo, così devolvendo in modo puntuale al giudice d'appello le questioni controverse già nel giudizio davanti a quest'ultimo.

2. Si può quindi passare all'esame di questo motivo.

Con esso la E... F... ripropone la censura diretta a contestare il presupposto dell'esclusione inizialmente comminata dalla Provincia di ... (con nota di prot. 10612 del 1° marzo 2017).

L'appellante ribadisce che il divieto di avvalimento per i lavori di cui alla categoria OS21 non era previsto dalla lettera di invito, né tanto meno lo stesso potrebbe essere ritenuto applicabile in virtù di disposizioni di legge che – secondo la tesi addotta dal Tribunale amministrativo a sostegno del rigetto del motivo – avrebbero etero-integrato la normativa di gara. A questo riguardo la E... F... sottolinea che alla procedura di affidamento in contestazione si applica la norma transitoria di cui all'art. 216, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016. Ciò in ragione del fatto che il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era fissato al 16 gennaio 2017, mentre il decreto di attuazione del divieto di avvalimento delle opere “superspecialistiche” - previsto dall'art. 89, comma 11, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016 (decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 10 novembre 2016, n. 248, di approvazione del regolamento *«recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»*), con cui è stato definito l'elenco delle opere per le quali non è consentito l'avvalimento, tra cui la OS21 - è entrato in vigore il successivo 19 gennaio.

Sul punto l'appellante sottolinea che prima di questo decreto attuativo l'art. 89, comma 11, costituiva una *«norma incompleta, perché mancante della norma di dettaglio attuativa»*, insuscettibile pertanto di etero-integrare la disciplina di gara, come invece ritenuto dal giudice di primo grado. Pertanto – soggiunge la E... F... – in virtù della norma transitoria contenuta nel citato art. 216, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, conseguentemente applicabile al caso di specie, *«continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 12 del decreto legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80»*, che non recano alcuna limitazione all'avvalimento per le categorie di lavori superspecialistiche.

3. Il motivo è fondato.

Deve innanzitutto rilevarsi che il sopra citato decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 10 novembre 2016, n. 248, non è applicabile alla procedura di affidamento oggetto del presente giudizio. Infatti questo provvedimento normativo è entrato in vigore successivamente al termine previsto dalla lettera di invito per la presentazione delle offerte. Quest'ultimo era fissato il 16 gennaio 2017, mentre l'entrata in vigore del regolamento ministeriale risale al successivo 19 gennaio.

Da ciò si ricava che gli operatori economici invitati dalla Provincia di ... non erano soggetti al divieto di subappalto nelle categorie "superspecialistiche" di lavori introdotto con il decreto ministeriale in esame, tra cui la OS21 da esso individuata. Infatti, come correttamente deduce la E... F... solo con questo provvedimento attuativo il divieto in questione, introdotto nel nostro ordinamento con l'art. 89, comma 11, del nuovo codice dei contratti pubblici, è divenuto efficace ed applicabile agli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di questi ultimi.

4. La conseguenza di quanto finora accertato è che alla procedura di gara in contestazione nel presente giudizio è applicabile la previgente disciplina.

In particolare si applica la norma transitoria contenuta nell'art. 216, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui «*Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 89, comma 11, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80*» (recante: *Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015*).

5. A sua volta, la disposizione di legge richiamata dalla norma transitoria del nuovo codice dei contratti pubblici includeva la categoria OS21 tra le opere scorporabili a qualificazione obbligatoria, nel senso che, ferma restando la relativa subappaltabilità nel limite del 30% dell'importo della categoria, era impedito

all'aggiudicatario di eseguire in proprio le opere ad essa riconducibili se non in possesso della relativa qualificazione, qualora di importo superiore al 10% del valore complessivo dell'opera o lavoro o a 150.000 euro. Del pari, in ragione della natura specialistica delle opere riconducibili alla categoria in questione, le previgenti disposizioni imponevano la qualificazione in proprio o l'obbligo di subappalto anche in caso di partecipazione alla gara in raggruppamento temporaneo di imprese, per opere di importo superiore al 15%, e comunque entro il limite massimo di subappaltabilità del 30% (ai sensi dell'art. 170, comma 1, del regolamento di esecuzione al previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

6. Come deduce l'appellante, quindi, la disposizione in esame si limitava a prevedere il *«solo obbligo di qualificazione delle categorie specialistiche previste nell'allegato A del d.P.R. 207/2010»*. La medesima disposizione non prevedeva per contro alcun divieto di avvalimento.

Da ciò si ricava che l'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50 del 2016 e il decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248 recano una disciplina normativa innovativa rispetto a quella precedente e non possono conseguentemente essere applicate in via retroattiva alla presente procedura di affidamento.

7. In ragione di tutto quanto finora rilevato risulta privo di base logica - giuridica il ragionamento che ha condotto il Tribunale amministrativo a respingere le censure in origine formulate dalla E... F... contro l'esclusione dalla gara ed in particolare a ritenere che il divieto di avvalimento per le opere relative alla categoria OS21 fosse applicabile in via di integrazione della normativa di gara da parte di fonti sovraordinate.

8. Deve poi evidenziarsi che un divieto in questione non era previsto nemmeno dalla lettera di invito, per cui nemmeno sotto questo profilo può ritenersi

sussistente il presupposto addotto dalla Provincia di ... a sostegno dell'esclusione della E... F... dalla gara.

Con specifico riguardo al subappalto per le categorie superspecialistiche, la lettera di invito richiama infatti l'art. 216, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 e i limiti al subappalto poc'anzi esaminati (art. 8). Per altro verso, l'unico limite all'avvalimento espresso dalla lettera di invito era quello relativo all'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali (art. 11, in fine).

9. Del pari sono fondate le censure che quest'ultima rivolge all'atto con il quale la stazione appaltante ha integrato le ragioni a base dell'esclusione.

Con questo provvedimento (nota di prot. n. 20296 del 24 aprile 2017) la Provincia di ... ha confermato l'esclusione dell'odierna appellante, per avere fatto ricorso ad un'ausiliaria (Arca costruzioni s.r.l.) non ammessa al sistema di *e-procurement* della pubblica amministrazione (mercato elettronico della pubblica amministrazione – Me.PA) organizzato dalla Consip s.p.a., nell'ambito del quale si colloca la presente procedura di gara.

10. Sennonché anche con riguardo a tale ulteriore ragione di esclusione dalla gara devono essere accolte le censure della E... F... volte ad evidenziarne l'illegittimità. Innanzitutto perché non prevista dalla lettera di invito. In secondo luogo perché in ogni caso, quand'anche fosse ravvisabile, nemmeno conforme al principio di tassatività delle cause di esclusione, ribadito nel nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 83, comma 8, e di certezza e trasparenza nelle procedure di affidamento di tali contratti, affermato a livello euro-unitario (sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 2 giugno 2016, C-27/15).

11. Va ancora dato atto che contrariamente a quanto sostiene la Provincia di ... la censura in questione non è inammissibile per mancata estensione dell'impugnazione nei confronti della Consip.

L'eccezione si fonda infatti sull'insussistente presupposto che con il proprio terzo atto di motivi aggiunti la E... F... abbia impugnato provvedimenti «*anche l'art. 46, comma 5, l'art. 12, comma 6, l'art. 15, comma 3, l'art. 17, comma 2, del Regolamento di e-Procurement di Consip S.p.A.*» (così la Provincia di ... nella sua memoria costitutiva nel presente giudizio d'appello, a pag. 25).

12. In realtà, dal tenore delle censure contenute nel terzo atto di motivi aggiunti si ricava che l'originaria ricorrente ha censurato il provvedimento di esclusione qui in esame per plurime violazioni di legge, tra le quali appunto il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui al citato art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, e i principi enunciati dalla parimenti sopra richiamata sentenza della Corte di giustizia europea 2 giugno 2016, C-27/15, in relazione al medesimo principio di tassatività. Le disposizioni del regolamento Consip poste a base del nuovo provvedimento di esclusione sono state invece impuginate «*per quanto occorra*» (così nell'epigrafe dell'atto di motivi aggiunti) e dunque nei limiti delle censure formulate, come poc'anzi sintetizzate.

Pertanto, lungi dal contenere disposizioni amministrative lesive e asseritamente illegittimi, secondo la prospettazione della E... F... il regolamento della Consip sul *e-procurement* costituiva uno dei parametri normativi falsamente applicati dalla Provincia di ... con il provvedimento di esclusione impugnato. Dacché è evidente che nessun onere di notifica nei confronti della Consip stessa potesse configurarsi.

13. L'accoglimento delle censure finora esaminate comporta l'assorbimento delle altre riproposte dalla E... F... nel proprio appello e quelle ulteriori volte all'annullamento per illegittimità in via derivata dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore del raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo la C... Costruzioni.

14. Disposto dunque l'annullamento degli atti di gara nella parte concernente l'esclusione dell'odierna appellante e la conseguente aggiudicazione a favore della

C... Costruzioni, vanno ora esaminate le conseguenti domande di reintegrazione in forma specifica, mediante subentro nel contratto, e di risarcimento per equivalente, oltre che di applicazione delle sanzioni ex art. 123 cod. proc. amm.

15. La prima va respinta, in considerazione dello «*stato di esecuzione del contratto*», ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., ed in particolare dell'avanzamento dei lavori dedotto e documentato dall'amministrazione resistente, pari al 60% del totale al 31 ottobre 2017.

16. La seconda può invece essere accolta nei termini che seguono.

La E... F... ha domandato il risarcimento del «*danno emergente e lucro cessante (nella doppia declinazione di perdita di chance e danno curriculare)*» conseguente all'illegittima perdita dell'appalto, oltre al «*danno non patrimoniale, attraverso il risarcimento del danno all'immagine e del danno da stress, derivante dalla compromissione del buon nome e della reputazione dell'impresa illegittimamente esclusa dalla gara*».

17. Tuttavia, per quest'ultima componente risarcitoria e per il danno curriculare nessun risarcimento può essere riconosciuto per mancanza di elementi di prova a sostegno e dunque per il limite derivante dall'art. 124, comma 1, cod. proc. amm., secondo cui danno per equivalente deve essere «*provato*».

18. A conclusioni opposte deve invece giungersi per il danno, qualificato dall'appellante «*da perdita di chance*», per il quale la stessa ha chiesto una liquidazione forfetaria «*nella misura del 10%, ovvero del 5% dell'importo a base d'asta (€ 788.882,62), oppure nella misura in cui il collegio riterrà giusto disporre*», ed ha sottolineato di avere offerto un ribasso di € 500.979,90.

19. Dalla descritta prospettazione è evidente che il danno richiesto è quello da mancata aggiudicazione e il pregiudizio di cui è invocato il ristoro per equivalente consiste nel mancato utile (cfr. sul punto: Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2).

20. Ciò precisato, diversamente da quanto sostiene la Provincia di ... per questa voce di danno non è esigibile una prova rigorosa. Si tratta infatti di un lucro cessante ovvero di un arricchimento del patrimonio che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto d'appalto e invece non conseguito per effetto dell'illegittimità verificatasi nel corso della prodromica procedura di evidenza pubblica per il relativo affidamento.

Sul fatto poi che tale arricchimento spettasse alla E... F... non vi è dubbio, dal momento l'offerta di quest'ultima era risultata la migliore, in virtù del maggior ribasso offerto rispetto alla C... Costruzioni, la quale si è poi giovata dell'illegittima esclusione dalla gara della prima. Del pari non può negarsi che l'utile costituisce un arricchimento patrimoniale ordinariamente ritraibile dall'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive, qual è l'appalto di lavori pubblici su cui si controverte nel presente giudizio, e che pertanto in sede giurisdizionale esso non abbisogna di particolari sforzi probatori per l'operatore economico che ne chieda il ristoro per equivalente.

21. Posto dunque che la controinteressata sta eseguendo un appalto senza averne titolo, dacché la Provincia potrà negare l'utile o agire in sede civile per la relativa ripetizione, la stessa amministrazione dovrà corrispondere l'equivalente monetario dell'utile medesimo all'odierna appellante.

A questo scopo, in conformità al citato art. 124 cod. proc. amm., il criterio forfetario consistente in una percentuale dell'importo a base d'asta proposto dalla E... F.... - nella misura del 10 o 5 per cento - seppure in grado di individuare in via presuntiva l'utile di impresa, non può formare oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata. Vi è infatti il rischio che all'operatore economico sia riconosciuto un utile maggiore di quello ricavabile dal ribasso offerto in sede di gara e che pertanto la funzione di reintegrazione propria del rimedio risarcitorio sia piegata a finalità di arricchimento senza causa.

22. Per ovviare a questo margine di incertezza, che inevitabilmente grava sul partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici, va disposta una condanna “sui criteri”, ai sensi dell’art. 34, comma 4, cod. proc. amm.

Questa tipologia di statuizione consente infatti di coniugare l’impossibilità di fornire una prova certa in relazione ad un danno futuro con la specificità della figura del risarcimento del danno da mancata aggiudicazione di contratti pubblici e più in generale della responsabilità della pubblica amministrazione da illegittimità provvedimento. Infatti, attraverso questa condanna si consente all’amministrazione soccombente di verificare l’effettivo margine di utile ritraibile dall’offerta dell’impresa illegittimamente privata dell’appalto, sulla falsariga di quanto avviene nel sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta medesima.

23. Pertanto, tutto ciò premesso si dispone che nel termine di 60 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza, la Provincia di ... formuli un’offerta di risarcimento del danno corrispondente all’utile netto ritraibile dall’offerta presentata in sede di gara dalla E... F...

Ciò in particolare laddove la misura di utile sia ricavabile dall’offerta da quest’ultima presentata in gara. Nel caso contrario, l’amministrazione potrà valutare l’opportunità di acquisire dalla società odierna appellante i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine poc’anzi assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili.

24. La somma da riconoscere dovrà essere comprensiva di interessi, al saggio legale, e di rivalutazione monetaria, secondo l’indice ISTAT dei prezzi al consumo per famiglie di operai ed impiegati, con decorrenza dai pagamenti corrisposti dalla Provincia di ... all’illegittima aggiudicataria C... Costruzioni e scadenza al momento della formulazione dell’offerta.

25. La E... F... ha chiesto inoltre che nei confronti della Provincia di ... siano applicate le sanzioni previste dall'art. 123 cod. proc. amm., per il caso – verificatosi nella fattispecie – che sia mantenuta l'efficacia del contratto malgrado l'illegittimità accertata nella procedura di affidamento dello stesso.

26. Sennonché il comma 1 della disposizione del codice del processo ora richiamata commina le sanzioni, pecuniaria e di riduzione della durata del contratto, «*Nei casi di cui all'articolo 121, comma 4*», vale a dire per le c.d. violazioni “gravi”, consistenti, ai sensi del comma 1 della disposizione richiamata, nella mancata pubblicità della gara (lett. a); nel mancato rispetto delle forme dell'evidenza pubbliche (lett. b); nel mancato rispetto del c.d. *stand still* sostanziale per la stipula del contratto (lett. c); nel mancato rispetto dello *stand still* processuale (lett. d).

Nel caso di specie non ricorre alcuna di queste ipotesi ed infatti la domanda di subentro nel contratto è stata valutata - e respinta – sulla base dell'art. 122 cod. proc., amm., relativo alle violazioni “non gravi”.

27. In conclusione, l'appello va accolto e pertanto, in riforma della sentenza di primo grado, vanno accolti nei termini esposti in precedenza il ricorso e i motivi aggiunti della E... F... ed annullati gli atti con essi impugnati.

In applicazione del criterio della soccombenza le spese del doppio grado di giudizio vanno poste a carico dell'amministrazione. Per la relativa liquidazione si rinvia al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti della E... F... s.r.l., annullando gli atti con essi impugnati.

Condanna la Provincia di ... a risarcire la ricorrente E... F... s.r.l. dei danni subiti secondo i criteri ex art. 34, comma 4, cod. proc. amm. e con le modalità stabilite in motivazione

Condanna la medesima Provincia di ... a rifondere alla E...F. ... s.r.l. le spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 10.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO