

1 > pag. 4

3 > pag. 6

2 > pag. 5

4 > pag. 7-8

Publicato il 21/12/2017

N. 00559/2017REG.PROV.COLL.
N. 00511/2017 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 511 del 2017, proposto da:

San Pio Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Colombo e Danilo Colombo, con domicilio eletto presso il loro studio in Caltanissetta, via Istria, 4;

contro

Comune di Avola, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Blanco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Gioacchino Giorgio in Palermo, via Nunzio Morello, 40;
Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. A R.L. non costituito in giudizio;

nei confronti di

L.S.V. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Domenico Cantavenera in Palermo, via Notarbartolo, 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA – sezione staccata di CATANIA: sezione I n. 898/2017, resa tra le parti, concernente:

-l'annullamento del la revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore della San Pio Appalti s.r.l. e la sua esclusione dalla procedura di gara per l'appalto di lavori indetta dalla Centrale Unica di committenza per conto del Comune di Avola, nonché della successiva aggiudicazione in favore della L.S.V. Costruzioni s.r.l. e della lettera d'invito nella parte in cui, ai fini della partecipazione, ha richiesto, a pag. 4, (oltre alla necessaria qualificazione SOA per i lavori di che trattasi), la capacità economica e finanziaria da provare attraverso il “Fatturato globale d'impresa, al netto dell'IVA, realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari non inferiore all'importo totale dei lavori oggetto dell'appalto, da dimostrare nelle forme di cui all'art. 86 del d.lgs. n. 50/2016” (pag. 4 della lettera d'invito);

nonchè per l'accoglimento

- della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto e, ove nelle more il contratto fosse già stipulato, della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stesso, nell'ipotesi in cui fosse stato o nelle more venisse stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 del d.lgs. n. 104/2010 nonché della relativa domanda di subentro;

- per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 123 del d.lgs. n. 104/2010;

nonché, in via subordinata, qualora non fossero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero (in caso di parziale esecuzione dell'opera da parte del controinteressato o per qualunque altra causa) fosse affidata solo una parte dei lavori oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento per equivalente monetario a titolo di rifusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura del 15% dell'importo a base d'asta (di cui il 10% per lucro cessante e il 5% per danno

curriculare), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre a interessi legali e a rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valore ...”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Avola e della L.S.V. Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 484/2017 con cui è stata respinta la domanda cautelare di sospensione della sentenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2017 il Cons. Hadrian Simonetti, presenti per le parti appellata e controinteressati, rispettivamente, gli Avvocati Paolo Blanco e Rita Cantavenera su delega di Pietro De Luca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La centrale unica di committenza CUC, per conto del Comune di Evola, ha indetto procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di riqualificazione ambientale del lungomare di Avola, da aggiudicarsi secondo il presso più basso ai sensi dell'art. 95, co. 4, lett. a).

Per quanto più rileva in questa sede, la lettera di invito richiedeva al punto 7 il possesso della qualificazione Soa OG3, class. II, nonché OG10, class. I. la lettera di invito richiedeva inoltre, a p. 5, lett. h), il requisito della capacità economico-finanziaria per un importo non inferiore a 407.357,20, realizzato negli ultimi tre esercizi.

2. L'odierna appellante ha partecipato alla procedura risultando in un primo momento aggiudicataria, avendo offerto il maggior ribasso, pari al 22,106%.

Su richiesta della seconda classificata, la Centrale unica di committenza ha revocato l'originaria aggiudicazione, escludendo la San Pio Appalti, sul rilievo che non avesse dimostrato il possesso del requisito della capacità economico-finanziaria, sul presupposto che la sola certificazione SOA non fosse sufficiente.

Dopodiché la procedura è stata definitivamente aggiudicata alla L.S.V. Costruzioni s.r.l. con la quale il Comune ha sottoscritto l'appalto in data 26.5.2017.

3. Proposto ricorso avverso tale esclusione nonché avverso l'aggiudicazione in favore della L.S.V., il Tar con sentenza n. 898/2017 lo ha dichiarato irricevibile, sul rilievo che fosse onere della ricorrente impugnare immediatamente la lettera di invito nella parte in cui si prevedeva a pena di esclusione il possesso anche del fatturato, a nulla rilevando le indicazioni ricevute dalla commissione di gara.

4. Avverso la sentenza è proposto il presente appello, censurando la pronuncia di irricevibilità, anche in ragione della nullità *in parte qua* della legge di gara laddove prescriveva un requisito non dovuto, nullità rilevabile in tesi ai sensi dell'art. 83, co. 9, d.lgs. 50/2016. Ha quindi riproposto e sviluppato le originarie censure, chiedendo il subentro nel contratto o, in subordine, il risarcimento dei danni.

Si sono costituiti, resistendo all'appello il Comune di Avola e la L.S.V. Costruzioni s.r.l., e all'udienza del 14.12.2017 la causa è passata in decisione direttamente ai preliminari.

5. L'appello è fondato e merita accoglimento, per le seguenti ragioni.

5.1. Deve escludersi, in primo luogo, che l'odierna appellante fosse soggetta ad un onere di impugnazione immediata della lettera di invito, quanto al requisito del fatturato in aggiunta al possesso della qualificazione Soa, al cospetto di una previsione suscettibile piuttosto di essere interpretata *secundum legem*, come dimostrava proprio il chiarimento iniziale fornito dalla

1

commissione, e comunque altrimenti disapplicabile perché nulla e non semplicemente annullabile.

Tutto ciò sul presupposto, qui da confermare, che il sistema di qualificazione previsto per i lavori pubblici sia appunto (vincolato, vincolante e) unico, nel senso che per regola generale le stazioni appaltanti possono richiedere solamente l'attestazione SOA per la dimostrazione del possesso dei requisiti speciali, essendo tale attestazione "condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria" (art. 60, co. 3, del d.p.r. 207/2010, cui fa rinvio, ai fini della sua ultrattività, l'art. 216, co. 14, del d.lgs. 50/2016), con la conseguenza che è vietato, sempre alle stazioni appaltanti, richiedere requisiti diversi o ulteriori (v. art. 60, co. 4), a differenza di quanto è invece ammesso nel caso degli appalti di forniture e di servizi.

Di questa regola generale, sulla quale riposa il senso stesso del sistema delle SOA e che è volto ad evitare proprio che per i lavori i requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria debbano essere accertati di volta in volta nel corso delle singole gare, elidendo la discrezionalità delle stazioni appaltanti, si ha conferma ulteriore – *a contrario* - nell'art. 83, co. 7, del d.lgs. 50/2016, ove è prevista una sorta di qualificazione rafforzata, ulteriore alla SOA, (ma) limitatamente agli appalti di importo pari o superiore a 20 milioni di euro e comunque in forme e secondo modalità definite dal legislatore e non rimesse alla libera scelta delle stazioni appaltanti.

Se ne ricava pertanto come, nel presente appalto di lavori, il cui importo era previsto in poco più di 400.000 euro, la richiesta anche (di dimostrazione) del fatturato, a pena di esclusione, fosse eccentrica rispetto alle previsioni del codice (e del regolamento) e, non trovando fondamento in altre disposizioni di legge, nulla ai sensi dell'art. 83, co. 8, del d.lgs. 50/2016; come tale soggetta ad un termine più lungo, quanto alla sua proponibilità in via di azione, e comunque rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni tempo.

5.2. Anche diversamente opinando, nel senso della annullabilità della clausola per contrarietà alla legge e comunque per la dedotta illogicità, non essendone dimostrata la necessità ovvero l'utilità, bisognerebbe pur sempre tener conto del fatto che, in pendenza del termine di partecipazione (e quindi di impugnazione della lettera di invito), la San Pio avesse chiesto chiarimenti alla stazione appaltante in merito al fatturato, ricevendo ampia e all'apparenza inequivoca rassicurazione sull'essere la SOA condizione necessaria e sufficiente a dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria (v. email della centrale unica del 24.9.2016, circostanza non contestata).

Sicché, in questa prospettiva, varrebbe pur sempre il noto insegnamento della Corte di giustizia secondo cui, **una volta accertato – come nel caso qui in esame - che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha tratto in errore (del tutto scusabile) il concorrente, si impone a quel punto ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto (nazionale derivante da quello) comunitario**, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la decisione escludente di quella medesima autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, alla possibilità di disapplicare le norme decadenziali in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non sarebbe più possibile dolersi del contrasto fra clausola del bando e diritto comunitario (v. Corte di Giustizia, 27.1.2003, C-327/2000, Santex).

6. Una volta riconosciuta, in un modo o nell'altro, la possibilità di scrutinare la clausola della lettera di invito che prescriveva senza ragione l'ulteriore requisito del fatturato, la conseguenza non può che essere, per quanto già osservato, l'accertamento della sua invalidità e quindi della sua inefficacia. Con la conseguenza che nessun provvedimento di esclusione, ovvero di revoca dell'aggiudicazione, potrà più trovare in essa il suo (unico) fondamento.

3

L'annullamento della revoca comporta, per l'effetto retroattivo ad essa connaturato, il ripristino della originaria aggiudicazione disposta in favore della San Pio e, di contro, la caducazione dell'aggiudicazione disposta in favore della L.S.V.

7. Sul piano dei rimedi, l'odierna appellante ha coltivato in via principale la via della tutela in forma specifica, chiedendo il subentro nel contratto di appalto *medio tempore* sottoscritto dalla stazione appaltante con la L.S.V.

Ciò posto, in assenza di elementi maggior dettaglio, osserva il Collegio come debba presumersi che il contratto, sottoscritto nel mese di maggio del c.a., e nel quale si è previsto che per l'esecuzione dei lavori occorressero 100 giorni, sia oramai concluso o comunque in avanzata fase di esecuzione, il che impedisce, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., (la privazione di effetti del contratto e) un ordinato subentro; né vi sono spazi per applicare le sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a., non ricorrendo qui un'ipotesi di "gravi violazioni" tra quelle disciplinate dall'art. 121 c.p.a.

Residua quindi una tutela per equivalente della pretesa di parte ricorrente che, giova ricordare, senza l'errore della stazione appaltante si sarebbe aggiudicata la gara e quindi, del tutto verosimilmente, avrebbe stipulato il contratto e realizzato i lavori.

8. La domanda risarcitoria dei danni da mancata aggiudicazione, qui riproposta in via subordinata nei confronti del Comune, merita quindi accoglimento, sussistendone tutti gli elementi costitutivi ricavabili dall'art. 2043 c.c., senza che occorra, come noto, più interrogarsi anche sulla colpa della stazione appaltante.

Per quanto concerne la quantificazione del danno complessivo, si osserva, sulla scorta di orientamenti noti e consolidati, che:

-nulla può essere risarcito a titolo di danno emergente, in assenza di spese documentate;

il danno patrimoniale da lucro cessante deve essere liquidato in ragione dell'utile economico che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dei lavori

assumendo, **in assenza di dati più certi desumibili dall'offerta economica presentata, quale dato presuntivo ragionevole nella presente congiuntura economica il 5% della base d'asta ribassata;**

-deve essere risarcito anche il **danno curricolare** oggetto di espressa domanda, in una misura che appare congruo stabilire nel **2% dell'importo a base d'asta ribassato**, sul noto rilievo che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico può essere comunque fonte di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri contratti pubblici.

Trattandosi di debito di valore, l'importo capitale così calcolato andrà naturalmente rivalutato a far data dal giorno della stipulazione del contratto, da parte della L.S.V., sino alla pubblicazione della presente sentenza, applicando l'indice Istat. Dopo la pubblicazione della sentenza il debito si trasformerà in debito di valuta e saranno dovuti gli interessi legali dalla data del deposito sino all'effettivo pagamento.

Sulla base di tali criteri, ai sensi dell'art. 34, co. 4, c.p.a., il Comune di Avola dovrà provvedere a formulare una compiuta proposta in favore dell'appellante, nel termine di 60 giorni dalla comunicazione della presente sentenza.

9. In conclusione, per le ragioni sin qui evidenziate, l'appello è fondato e va accolto. Ne consegue, in riforma della sentenza impugnata, previa declaratoria di nullità della lettera di invito nei sensi già chiariti, l'annullamento della revoca dell'aggiudicazione iniziale in favore della San Pio Appalti s.r.l. e dei successivi atti di gara, compresa l'aggiudicazione disposta a vantaggio di L.S.V. Costruzioni s.r.l., e la condanna del Comune di Avola al risarcimento dei danni in favore dell'odierna appellante, nei termini e secondo i criteri di cui in motivazione.

10. Le spese di lite del doppio grado seguono la regola della soccombenza nel rapporto processuale tra l'appellante e il Comune, mentre sono compensate tra le restanti parti

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, così provvede:

-previa declaratoria di nullità della lettera di invito nei sensi chiariti, annulla la revoca dell'aggiudicazione iniziale disposta in favore della San Pio Appalti s.r.l. e gli atti di gara successivi;

-respingendo la domanda di subentro nel contratto sottoscritto con la L.S.V. Costruzioni s.r.l., condanna il Comune di Avola al risarcimento dei danni in favore della San Pio Appalti s.r.l. secondo i criteri e nei termini di cui in motivazione;

-condanna il Comune di Avola al pagamento delle spese del doppio grado in favore della San Pio Appalti s.r.l., liquidate in complessivi euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre alla rifusione del contributo unificato;

-compensa le spese tra le restanti parti.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Carlo Deodato

IL SEGRETARIO