

Publicato il 07/02/2018

N. 00337/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00916/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 916 del 2017, proposto da:

Tecnosud Srl, Idromax Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentate e difese dagli avvocati Emilio Luigi Di Cianni,
Gianfranco Gatto, con domicilio eletto presso lo studio Gianfranco
Gatto in Cosenza, piazza 1°Maggio N. 20;

contro

Comune di Santa Caterina Albanese, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio
Cavalcanti, con domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, via
E. Cristofaro 57;

Centrale di Committenza Spezzano Albanese - Terranova Da Sibari-
Sanlorenzo del Vallo- Torano Castello - Tar non costituito in
giudizio;

nei confronti di

Impresa Sorace Santo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Spataro, Giuseppe Amedeo Turano, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Spataro in Cosenza, via Carlo Bilotti N. 35;

Lanzino Costruzioni Srl non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla gara di appalto emesso dal Comune di Santa Caterina Albanese con Determinazione n. 29 del 29.06.17.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Santa Caterina Albanese e dell' Impresa Sorace Santo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2017 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Oggetto della domanda di annullamento è la Determinazione n. 29 del 29.06.17 di aggiudicazione definitiva della gara di appalto avente ad oggetto *“i lavori di messa in sicurezza, adeguamento sismico, impiantistico ed efficientamento energetico dell'edificio scolastico sito nel Comune di Santa Caterina Albanese (CS9 in Via San Marco – Frazione Joggi destinato ad ospitare la “Scuola Secondaria di primo grado) di Santa Caterina Albanese (CS) afferente all'Istituto Comprensivo Statale di Fagnano Castello (CS)”*.

2. L'importo complessivo dei lavori messi a gara è stato indicato in €. 416.242,77 di cui : a) importo lavori soggetto a ribasso € 404.119,19; b) oneri sicurezza non soggetti a ribasso € 12.123,58.

Il provvedimento di aggiudicazione è stato adottato in favore della ATI capogruppo designata mandataria dell'A.T.I. (Sorace Santo/Lanzino Costruzioni Srl) e Lanzino Costruzioni Srl designata mandante con un punteggio di 76,667/100 ed un ribasso del 6.717 % corrispondente ad un importo di € 376.974,51 al netto degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso di euro 12.123,58 ed è stato pubblicato il 29.06.17 sul sito istituzionale e comunicato ex art. 76 comma 5 lett. a) del Dlgs 18 aprile 2016 n. 50 il successivo 7 luglio.

3. La ricorrente ha partecipato alla gara presentando un'offerta con un ribasso sull'importo dei lavori a base d'asta pari al 16,00 per cento, al netto di qualsiasi onere o spesa non soggetta a ribasso, con espressa dichiarazione che gli oneri relativi alla sicurezza per rischio specifico (o oneri aziendali di sicurezza), in conformità a quanto prescritto dal combinato disposto dall'art. 95 comma 10 del Dlgs 50/2016, erano pari ad € 6.100,00 (seimilacento euro). Si è classificata seconda nella graduatoria finale.

4. La ricorrente chiede l'annullamento dell'aggiudicazione deducendo la violazione dell'art. 95 co. 10 del D.Lgs. 50/2016, poiché la controinteressata non ha indicato nella sua offerta economica il costo degli oneri di sicurezza interni; chiede inoltre la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il subentro a suo favore; in via subordinata il risarcimento del danno per equivalente ex art. 30 c.p.a. sia per il mancato utile che per danno curriculare.

5. Si sono costituiti sia il Comune resistente che la controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso, sul presupposto della possibile

regolarizzazione con il soccorso istruttorio della mancata indicazione dei costi per la sicurezza, contenuta nell'offerta economica.

6. All'udienza del 15 dicembre 2017, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. Il ricorso è fondato.

8. La disposizione di cui all'art. 95 co. 10 D.Lgs. 50/2016 prevede espressamente che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizione in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. 9. Pur nella consapevolezza di orientamenti, allo stato, non uniformi nella giurisprudenza amministrativa, il Collegio ritiene di aderire alla ricostruzione che ritiene necessaria l'indicazione separata di tali oneri e che in relazione ad essi non operi il soccorso istruttorio. Si tratta infatti di una norma imperativa di legge, non derogabile dal bando, che si inserisce direttamente nell'atto unilaterale amministrativo anche in presenza di clausole contrastanti difformi (in applicazione degli artt. 1339 e 1419 c.c., pacificamente applicabili all'atto amministrativo ex art. 1324 c.c. ovvero tramite il procedimento analogico). D'altro canto, trattandosi di requisiti dell'offerta economica, per essi non appare applicabile il soccorso istruttorio, espressamente escluso per tali requisiti dall'art. 85 comma 9 c.c.p., né può farsi riferimento alla tutela dell'affidamento del contraente alla luce del carattere imperativo della norma e dei requisiti professionali richiesti ad un operatore economico qualificato partecipante a una gara pubblica (ex multis Tar Umbria 56/2018; Tar Toscana Firenze 1566/2017; T.A.R. Sicilia Catania,, sez. III, 31 luglio 2017, n. 1981; T.A.R. Umbria 17 maggio 2017, n. 390; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34; T.A.R. Molise 2016,

n. 513; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria 25 febbraio 2017, n. 166; T.A.R. Veneto, 21 febbraio 2017, n. 182; T.A.R. Campania, Napoli, 2017, n. 2358, Consiglio di Stato ord. 15 dicembre 2016, n. 5582).

L'interpretazione che fa leva sulla chiara formulazione letterale della norma imperativa sopra citata appare in linea con le esigenze di "certezza del diritto" (cfr. art. 1 c. 1 lett. d legge delega 28 gennaio 2016 n. 11), a loro volta funzionali alla semplificazione ed accelerazione della tempistica nell'affidamento dei contratti pubblici, nel pieno rispetto della parità di trattamento e della trasparenza che costituiscono i criteri portanti sia della Direttiva 2014/24 UE e della normativa nazionale di attuazione.

L'art. 95 co. 10 individua destinatario (l'operatore), contenuto specifico dell'obbligo imposto (indicazione dei propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro) e modalità (l'indicazione deve essere inserita nell'offerta economica); deve pertanto escludersi che ricorra nel caso di specie una causa di esclusione "non conosciuta o non conoscibile" dal concorrente, poiché al principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 83 co. 8 del d.lgs. n. 50/2016, non può attribuirsi valenza differente da quella che la giurisprudenza gli aveva assegnato nel vigore dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, stante la sovrapponibilità testuale delle due disposizioni: l'esclusione dalla gara va pertanto disposta "*sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus*" (così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, la quale, rinviando alle proprie precedenti sentenze 16

ottobre 2013, n. 23, e 7 giugno 2012, n. 21, ribadisce la non necessità che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge “allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara”).

Nel contesto del quadro regolatorio vigente, pertanto, l'obbligo di indicare gli oneri della sicurezza nell'ambito dell'offerta economica costituisce un precetto imperativo espressamente risultante dal diritto nazionale, e non da una sua interpretazione, ciò che rende l'esclusione dalla procedura coerente con i principi di proporzionalità, trasparenza, e parità di trattamento come declinati dalla giurisprudenza eurounitaria (cfr. Corte di Giustizia UE, Sezione Sesta, 2 giugno 2016 in causa C-27/15, “Pippo Pizzo”).

10. In conclusione il ricorso va accolto con annullamento dell'aggiudicazione.

11. Non può invece accogliersi la dichiarazione di inefficacia del contratto, non sussistendo le condizioni di cui all'art. 121 c.p.a. essendo emerso in atti che il contratto era in fase inoltrata di esecuzione già alla data del 21 novembre 2011 (data cui si riferisce l'attestazione del RUP n. 2284 acquisito in giudizio) e soprattutto tenendo conto della natura specifica dei lavori, consistenti nella messa in sicurezza, adeguamento sismico, impiantistico ed efficientamento energetico di un edificio scolastico, in attuazione dell'art. 1 co. 160 della legge 13 luglio 2015 n. 107, in cui appare prevalente l'interesse pubblico ad evitare ogni soluzione di continuità nell'esecuzione dell'appalto. 12. Va pertanto esaminata la domanda di risarcimento per equivalente, proposta in via gradata da parte

ricorrente, come precisata nella memoria depositata in vista dell'udienza.

Devono richiamarsi, allo scopo, i principi in materia di riparto dell'onere probatorio affermati da ultimo con Ad. Plen. 2/2017, secondo cui *“spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.”* mentre *“la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno”*.

13. Ritiene il Collegio che possa essere rimessa al Comune di Santa Caterina Albanese la formulazione di una proposta risarcitoria ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm. per il danno da mancata aggiudicazione (e non da perdita di chance, risultando la ricorrente seconda classificata) fissando i seguenti criteri:

a) all'impresa danneggiata è dovuto l'interesse c.d. positivo, ovvero il mancato profitto che essa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, che però deve essere calcolato sulla base della specifica offerta, eventualmente supportata da scheda tecnica, presentata dalla ricorrente; tale somma deve essere decurtata di tutte le spese

necessarie per l'esecuzione dei lavori; nel caso in cui l'ammontare delle spese non sia ricavabile dall'offerta presentata in gara, l'amministrazione potrà acquisire dalla appellante i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine che sarà assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili;

b) la somma non dovrà invece essere decurtata dell'aliunde perceptum eventualmente conseguibile dall'impresa nell'esecuzione di altri lavori durante il tempo di svolgimento del contratto di cui è causa, poiché sul punto la ricorrente ha allegato di non aver avuto altre commesse e tale circostanza non è stata contestata dall'amministrazione;

c) nulla è dovuto a titolo di danno c.d. curriculare, non avendo l'impresa appellante offerto la prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito, avendo solo indicato danni potenziali e non specificatamente riconducibile alla mancata esecuzione dell'appalto;

d) nulla è dovuto a titolo di spese di partecipazione alla procedura, sia per la formulazione dell'offerta che per le spese legali che, di norma, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2015, n. 1708).

e) la somma individuata alla lettera a) dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria e gli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

La proposta risarcitoria dovrà essere formulata entro 90 giorni decorrenti dalla notifica o comunicazione in via amministrativa della presente decisione.

14. Le spese del presente giudizio possono essere compensate, in considerazione della natura tuttora controversa della questione giuridica su cui è focalizzata la decisione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

Accoglie la domanda di annullamento e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato;

Accoglie la domanda di risarcimento del danno per equivalente, disponendo ex art. 34 co. 4 c.p.a., come da parte motiva

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nelle camere di consiglio dei giorni 15 dicembre 2017, 17 gennaio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO