



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 3433/12 R.G., proposto da:

Consorzio Stabile Sannio Appalti Società Consortile a Responsabilità Limitata, Termotetti Costruzioni S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t. rappresentate e difese dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio eletto presso Gian Luca Lemmo in Napoli, via del Parco Margherita n.31;

contro

Comune di Cerreto Sannita, in persona del Sindaco p.t. rappresentato e difeso dall'avvocato Gianni Emilio Iacobelli, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, via P. Giannone 30;

nei confronti di

A.T.I. Edil Parente S.r.l., C.T.S. Impianti S.r.l. Società Unipersonale, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Comune di Capri in Persona del Sindaco p.t., Comune di Anacapri in Persona del Sindaco p.t., Graziano Simeoli;

per

il risarcimento dei danni conseguente alla mancata aggiudicazione della gara indetta dal Comune di Cerreto Sannita per l'affidamento di lavori inerenti infrastrutture in area PIP, in riferimento alle sentenze del TAR Campania Napoli Sez. 8° n. 194 del 14.01.2012 e del Consiglio di Stato Sez. V, n. 6976 del 29.12.2011.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cerreto Sannita;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2014 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con sentenza del 14 gennaio 2011 n. 194 questa Sezione, in accoglimento del ricorso n. 991/09 R.G. proposto dal

Consorzio Stabile Sannio Appalti scarl, ha annullato l'aggiudicazione disposta in favore della ATI Edil Parente s.r.l./CTS Impianti s.r.l. della gara, da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal Comune di Cerreto Sannita per l'esecuzione di opere relative ad "infrastrutture delle aree destinate ad insediamenti produttivi": area PIP in Contrada 12 Angeli, area PIP Turistico Casalone Monte Coppe.

La ricorrente, giunta seconda in graduatoria, aveva lamentato che la stazione appaltante illegittimamente non aveva proceduto all'esclusione della concorrente, alla fine risultata aggiudicataria, per non avere questa rispettato la formalità di cui al punto 1.3. del disciplinare di gara, posta a pena di esclusione, secondo cui «qualora l'offerta [economica] sia presentata da un GEIE, un'associazione temporanea d'impresе o da un consorzio di cui all'art. 34, comma 1, lettere d) ed e) del D.L.vo 163/06 e successive modiche ed integrazioni, non ancora formalmente costituiti, la "lista delle categorie di lavoro e forniture previste per l'esecuzione dell'appalto" dovrà essere sottoscritta da tutte le imprese facenti parte dei costituendi associazione o consorzio».

Il Tribunale, nell'accogliere la censura, ha definito inescusabilmente negligente il comportamento della stazione appaltante che, a distanza di un solo giorno, aveva offerto due differenti e, tra l'altro, contrastanti letture della richiamata disposizione di gara, il cui univoco significato letterale, invece, non poteva non condurre all'esclusione dell'aggiudicataria ATI Edil Parente s.r.l. e CTS Impianti s.r.l.

La sentenza, poi, ai sensi dell'art. 122 c.p.a. non dichiarava l'inefficacia del contratto stipulato, tenuto conto dello stato di esecuzione delle opere e, letteralmente, al capo 4.2. specificava che «poiché il ricorso non contiene una esplicita istanza risarcitoria e, comunque, il danno non è stato in alcun modo provato (art. 124 CPA), non vi è spazio, almeno nella presente sede, per profili afferenti al risarcimento del danno».

Proposto appello da parte del Comune di Cerreto Sannita, il Consiglio di Stato, con sentenza del 29 dicembre 2011 n. 6976 della V Sezione, confermava la decisione di primo grado, evidenziando a proposito della disposizione di cui al punto 1.3. del disciplinare, la cui violazione era stata ragione di esclusione dell'aggiudicataria, che «si tratta di una prescrizione inequivoca posta a pena di esclusione e contenuta in una clausola del bando, che non è stata oggetto di ricorso incidentale o di autotutela da parte della stazione appaltante. In presenza di una previsione dal chiaro tenore letterale non vi è alcuno spazio per ricorrere a criteri di interpretazione diversi da quello letterale, fondati su una asserita necessità di una interpretazione sistematica dell'intero bando. La chiara clausola del bando doveva, quindi, essere applicata dalla stazione appaltante, non potendo essere disapplicata dalla stessa, nè essere in modo del tutto irrituale considerata un mero refuso (il che equivale ad una non consentita disapplicazione).

L'aver nella sostanza disapplicato una chiara clausola del bando comporta una illegittimità che si riflette sull'aggiudicazione correttamente annullata dal Tar, che è stata, quindi, il frutto di una condotta negligente della stazione appaltante, come affermato dal giudice di primo grado». Il giudice d'appello ha poi ritenuto come «la domanda di risarcimento del danno non sia stata proposta nel ricorso di primo grado e nei successivi atti di motivi aggiunti e, di conseguenza, tale domanda non poteva essere respinta, nè vi poteva essere spazio per valutare le prove fornite in relazione ad una domanda non proposta». Ed ancora, nella predetta decisione si legge anche che «la ricorrente ha adottato chiaramente una (consentita) strategia processuale di agire in giudizio per ottenere il conseguimento del bene della vita (aggiudicazione e stipula del contratto), e non il suo equivalente monetario, riservandosi tale possibilità all'esito del giudizio in caso di mancata possibilità di esecuzione in forma specifica (totale o parziale). Nessuna prova doveva, quindi, essere fornita e il Tar correttamente non si è pronunciato sul merito del risarcimento».

Con il presente ricorso, spedito per la notifica in data 23 luglio 2012 e depositato il 24 luglio 2012, il Consorzio Stabile Sannio Appalti scarl ha proposto domanda per il risarcimento dei danni subiti per effetto dei provvedimenti adottati dal Comune di Cerreto Sannita nella gara de qua, che gli avrebbero precluso l'aggiudicazione e quindi

l'esecuzione dell'appalto. A tale fine, il Consorzio ricorrente ha opinato che, una volta espunta l'aggiudicataria ATI Edil Parente s.r.l./C.T.S. Impianti s.r.l., in gara sarebbero rimaste solo due concorrenti, cioè oltre ad esso, la SE.COS s.r.l.; ebbene poiché dal confronto a coppie utilizzato per le voci dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quest'ultima era rimasta sempre soccombente, era incontestabile che l'aggiudicazione sarebbe spettata ad esso Consorzio; di conseguenza, innanzitutto, da risarcire sarebbe stata la somma di €214.194,68, pari al 9,65% dell'offerta presentata al netto degli oneri di sicurezza, pari a €2.219.633,94; per quanto concerne il danno curriculare, da identificarsi nella mancata possibilità per la consorziata Termotetti Costruzioni s.r.l. - impresa indicata dal Consorzio per l'esecuzione dei lavori - di aumentare ed ottenere la qualificazione SOA nelle categorie OG3, OG6 ed OG11, oggetto di gara, il danno sarebbe stato di €68.247,34, pari al 3% dell'offerta economica presentata, comprensiva anche degli oneri di sicurezza, indicati nella lex specialis per un importo di €55.277,34. Sull'importo complessivo del danno da risarcire, pari a €282.442,01, si richiedeva anche la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sulla somma rivalutata, tutto da calcolarsi con decorrenza dalla data di stipulazione del contratto fino al deposito della sentenza.

Si è costituito in giudizio il Comune di Cerreto Sannita, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare; in particolare, la difesa dell'amministrazione ha eccepito la violazione del divieto del «ne bis in idem», essendovi già stata una pronuncia del giudice di primo grado sull'istanza risarcitoria; con una seconda eccezione è stata dedotta la prescrizione del diritto di credito, mentre, riguardo alla fondatezza della domanda, è stato rilevato che il danno prospettato sarebbe il frutto di calcoli astratti e comunque prescinde dal fatto che le categorie di lavoro migliorative presentate da parte ricorrente sarebbero 113 su 157 in gara, con conseguente forte riduzione dell'utile di impresa ritraibile dall'esecuzione dell'appalto; riguardo al danno curriculare, poi, non sarebbe stata dimostrata la perdita di altre occasioni di lavoro.

Alla camera di consiglio del 20 febbraio 2013, con ordinanza n. 1265/13, il Tribunale ordinava al Comune resistente il deposito dei verbali di gara, delle griglie di valutazione e di tutti gli atti da cui fosse possibile ricostruire l'assegnazione dei punteggi; l'amministrazione provvedeva con deposito documentazione del 4 aprile 2013.

All'udienza dell'8 gennaio 2014, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Innanzitutto, va respinta la prima eccezione di violazione del principio di divieto del «ne bis in idem», dal momento che, come statuito anche nella sentenza di appello, mai è stata proposta in primo grado una domanda risarcitoria, per cui questo Tribunale ha rettammente ritenuto non doversi per nulla provvedere; il riferimento in sentenza alla mancanza di prova del danno, lungi dal risolversi in una pronuncia di merito, si rivela argomentazione rafforzativa e dirimente circa l'inesistenza di una domanda in tal senso.

Quanto all'eccepita prescrizione, rileva il Collegio che la stessa, da intendersi come quinquennale, ricadendo il fatto generatore di danno nella fattispecie generale di illecito di cui all'art. 2043 c.c., non è maturata con riferimento al passaggio in cosa giudicata formale della sentenza di appello (certificazione del Consiglio di Stato del 26 giugno 2012) e la proposizione del presente ricorso, spedito per la notifica il 23 luglio 2012; inoltre, risulta rispettato il termine decadenziale di cui all'art. 30, quinto comma c.p.a., essendo stato il ricorso proposto entro 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di appello, ai sensi dell'art. 92, terzo comma c.p.a. e 327 c.p.c.

Nel merito, il ricorso è fondato. Come si evince dalla sentenza di primo grado e dalla decisione di appello, illegittimi sono stati i provvedimenti della commissione di gara che, anziché escludere dalla competizione l'ATI Edil Parente s.r.l./CTS Impianti s.r.l., hanno a tale concorrente aggiudicato l'appalto e con esso stipulato il relativo contratto, non dichiarato inefficace in sede giurisdizionale. Va aggiunto che il giudice di legittimità ha definito il comportamento serbato dalla stazione appaltante come gravemente negligente, oltre che contraddittorio, rispetto a

quella che avrebbe dovuto risolversi nella pacifica applicazione di un'inequivoca disposizione della *lex specialis*, invece ingiustificatamente disattesa dalla commissione, così determinando l'aggiudicazione della gara in favore di chi avrebbe dovuto restarne escluso.

Applicando, il paradigma di cui all'art. 2043 c.c., come ritenuto da prevalente giurisprudenza, resta così accertato sia l'elemento soggettivo dell'illecito, che si connota per il grado grave di colpa, sia la condotta materiale dell'amministrazione resistente che si è risolta nell'adozione di provvedimenti illegittimi, come statuito all'esito del doppio grado del giudizio di legittimità. Né dubbi possono residuare quanto alla sussistenza del nesso causale, dal momento che la mancata estromissione dell'ATI Edil Parente s.r.l./CTS Impianti s.r.l. ha negato al Consorzio ricorrente un'utile partecipazione alla gara.

Resta da accertare l'intensità della nozione di utile partecipazione nel caso di specie, ovvero se la lesione patita – e, quindi, la natura e l'entità del danno subito – si sia limitata al pregiudizio da chance di partecipazione, oppure sia riconducibile alla perdita di un'aggiudicazione connotata da caratteri di certezza.

In assenza di condizioni di gara che impedissero l'aggiudicazione in presenza di due soli concorrenti (art. 2, ultimo periodo del disciplinare), deve ritenersi che la competizione ben avrebbe potuto limitarsi, una volta esclusa l'ATI Edil Parente s.r.l./CTS Impianti s.r.l., al confronto tra Consorzio Sannio Appalti scrl e SE.COS s.r.l.; ebbene, ritiene il Tribunale che agli atti del giudizio risulti adeguatamente dimostrato che, all'esito della fase di valutazione delle offerte, il Consorzio, avendo ottenuto un punteggio complessivo di gran lunga maggiore rispetto alla SE.COS s.r.l., si sarebbe comunque collocato al primo posto in graduatoria; ne discende che, ai fini della qualificazione del danno, la lesione patita è quella da mancata aggiudicazione.

Quanto all'entità del danno risarcibile, rileva il Collegio che lo stesso debba essere liquidato in via equitativa, entro i limiti del mancato guadagno dimostrato e tenuto conto di virtuali maggiori costi e rischi di esecuzione, nella misura di €70.000,00(settantamila/00) in favore del Consorzio Sannio Appalti scrl e di €20.000,00(ventimila/00), quale danno curriculare in favore della Termotetti Costruzioni s.r.l., per la perdita di opportunità di qualificazione, conseguente alla mancata esecuzione dei lavori. Gli importi così liquidati, quale debito di valore, devono essere aumentati ciascuno della maggior somma tra rivalutazione monetaria ed interessi, da calcolarsi con decorrenza dalla formazione del giudicato con cui, nel confermarsi l'efficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria, si è cristallizzata la lesione da mancata stipulazione.

Le spese seguono la soccombenza, con condanna del Comune di Cerreto Sannita al relativo pagamento in favore di parte ricorrente nella misura complessiva di €2.500,00(duemilacinquecento/00).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto condanna il Comune di Cerreto Sannita al risarcimento dei danni in favore del Consorzio Sannio Appalti scrl nella misura di €70.000,00(settantamila/00) ed in favore della Termotetti Costruzioni s.r.l. nella misura di €20.000,00(ventimila/00), oltre alla maggior somma, in favore di ciascuno dei soggetti danneggiati, tra rivalutazione monetaria ed interessi, da calcolarsi come da motivazione;

Condanna il Comune di Cerreto Sannita al pagamento delle spese processuali in favore di parte ricorrente nella misura complessiva di €2.500,00(duemilacinquecento/00).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente FF, Estensore

Renata Emma Ianigro, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2014

IL SEGRETARIO

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