



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 in appello numero di registro generale 10807 del 2010, proposto da Monsud s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Barra e Maria Antonietta Barra, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Mazzitelli in Roma, via Eudo Giulioli n. 47/B/18;

contro

Air s.p.a., Autoservizi irpini, trasporti pubblici e funicolare di Montevergine, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Donato Pennetta, con domicilio eletto presso l'avv. Nicola Petracca in Roma, via Ennio Quirino Visconti n. 20;

nei confronti di

Sercar s.r.l., Alba s.r.l., Verico s.r.l., Castaldo Antonio s.p.a. in persona dei rispettivi rappresentanti legali, non costituiti in questo

grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Campania, sede di Salerno, Sezione I, n. 11299/2010, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO LAVORI DI RIMODULAZIONE
FUNZIONALE E DISTRIBUTIVA DELL'AUTOSTAZIONE DI
AVELLINO II E III LOTTO - RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Air, Autoservizi irpini, s.p.a.,
trasporti pubblici e funicolare di Montevergine;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2012 il Cons.
Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Sergio Della Rocca,
su delega degli avv.ti Antonio e Maria Antonietta Barra, e Donato
Pennetta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, sede di Salerno, rubricato al n. 2134/08, Monsud s.p.a. impugnava:

a) il verbale in data 10 novembre 2008, di aggiudicazione provvisoria della gara di appalto dei lavori di rimodulazione funzionale e

- distributiva del II e III lotto dell'autostazione cittadina di Avellino;
- b) l'avviso prot. 14895/08;
 - c) il provvedimento finale di aggiudicazione definitiva prot.16337/08 ed ogni atto connesso;
 - d) il provvedimento finale in esito al procedimento di annullamento in autotutela comunicato con la nota prot. n. 16337/2008 del 15 dicembre 2008;
 - e) il parere della commissione di gara del 26 novembre 2008 ed il parere pro veritate dell'avv. Donato Pennetta;
 - f) la deliberazione dell'amministratore unico n. 131 del 16 dicembre 2008.

La ricorrente deduceva i seguenti motivi:

- a) l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara, avendo la capogruppo della relativa costituenda associazione temporanea omesso, in violazione della espressa prescrizione della lex specialis e dell'art. 38, comma 1, lett. c) e comma 2 del d. lgs. n. 163/2006 e dell'art. 74, comma 1, lett. c) del d.p.r. n. 554/1999, la dichiarazione di inesistenza delle cause di esclusione dalla procedura e, segnatamente, l'indicazione del nominativo del sig. Michele Esposito, il quale aveva cessato di rivestire la carica di amministratore unico nel triennio precedente l'indizione della procedura concorsuale;
- b) violazione e falsa applicazione dell'art. 118 d. lgs. n. 163/2006, comma 2 n. 1 e della lett. r) del punto 3 – “Dichiarazione sostitutiva” – contenuta nella busta “A – Dichiarazione”, nonché carenza

dell'attestazione prevista nel punto 2) dei documenti da accludere nella busta A, avuto distinto riguardo – in relazione alla posizione della seconda graduata ditta Castaldo – alla omessa indicazione delle opere e lavorazioni per le quali era stata effettuata l'opzione per il subappalto, palesandosi, per l'effetto, la relativa dichiarazione incomprensibile per incompletezza e genericità;

c) violazione e falsa applicazione del punto 2 – “Informazioni sopralluogo e acquisizione documenti”, in quanto la prescritta attestazione di sopralluogo era stata effettuata, per quanto riguarda l'associazione aggiudicataria, solo dalla mandataria in proprio e non nella esplicitata qualità di mandataria;

d) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 21 octies della l. n. 241/90 e del punto 7 di cui al disciplinare di gara, avuto riguardo al sopravvenuto provvedimento conclusivo della fase di asserita autotutela, in tesi non rispettoso del divieto di postumamente integrare, in prospettiva sanante, l'ordito motivazionale della confermata determinazione, e ciò tanto più che il parere pro veritate reso dall'avv. Pennetta non era stato messo a disposizione di essa ricorrente, discendendone la ventilata illegittimità della motivazione per relationem.

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati ed il risarcimento del danno subito.

Con la sentenza in epigrafe, n. 11299 in data 1 ottobre 2010 il Tribunale amministrativo della Campania, sede di Salerno,

respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza Monsud s.p.a. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 10807/10, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio A.IR., Autoservizi irpini s.p.a., chiedendo il rigetto dell'appello.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 24 gennaio 2012.

3. L'appello è fondato.

3a. L'aggiudicataria ha presentato la dichiarazione di cui all'art. 38, primo comma lett. c) e secondo comma, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel testo vigente all'epoca dei fatti di causa, incompleta in quanto mancante del nominativo di un amministratore cessato dalla carica nel triennio precedente.

Il fatto non è contestato, ed è anzi confermato dagli atti di causa.

Le parti controvertono sulla scusabilità e, soprattutto, sull'essenzialità dell'errore, posto che il soggetto il cui nominativo non è stato dichiarato di fatto non si trova in alcuna delle situazioni che pregiudicano la partecipazione della Società alle gare d'appalto pubbliche.

Tale ultima circostanza nel caso di specie è irrilevante.

Il modello di dichiarazione, allegato al bando, prevede che ogni concorrente dichiari (lett. mm) "che nella propria impresa non

risultano cessati dalla carica nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163/06" oppure "che nella propria impresa risultano cessati dalla carica nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando i seguenti soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163/06:

La stazione appaltante sostiene che tale modello impone di dichiarare solo i nominativi per i quali esistono cause ostative, ma la tesi non può essere condivisa.

Invero, a voler seguire la tesi dell'appellata, la prescrizione imporrebbe al concorrente di dichiarare circostanze che, alla luce del testo dell'art. 38 vigente all'epoca dei fatti, comportavano la sua automatica esclusione dalla gara, rendendo quindi inutile la sua domanda di ammissione.

Ritiene il Collegio che se si vuole dare un senso alla disposizione il suo scopo, come giustamente sottolineato dall'appellante, deve essere individuato in quello di consentire alla stazione appaltante di verificare autonomamente la presenza di cause di esclusione.

Il concorrente, quindi, è obbligato a dichiarare i nominativi dei soggetti elencati all'art. 38 anche cessati dalla carica nel triennio, senza procedere ad una sua valutazione delle possibili cause di esclusione.

Quest'ultima spetta invece alla stazione appaltante, che peraltro con la normativa di gara, e soprattutto con il modello di dichiarazione, ha

imposto alle imprese partecipanti di agevolare la sua ricerca indicando i nominativi in ordine ai quali operare il necessario accertamento (in termini sostanzialmente analoghi C. di S., VI, 21 dicembre 2010, n. 9324).

Afferma, in conclusione, il Collegio che nel caso di specie la stazione appaltante ha impostato il procedimento in termini tali da imporre ai partecipanti di dichiarare i soggetti di cui all'art. 38, nel testo vigente all'epoca della pubblicazione del bando, in carica o cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione stessa.

L'essenzialità della clausola è "*in re ipsa*" in quanto attinente ad un accertamento fondamentale per il legittimo esito della gara.

Di conseguenza l'aggiudicataria, che non ha reso la dichiarazione di cui si tratta in termini conformi a quelli richiesti, doveva essere esclusa.

3b. Anche la seconda classificata doveva essere esclusa dalla gara.

Quest'ultima ha partecipato al procedimento manifestando un generico intento di volersi avvalere del subappalto, senza chiarire quali fossero le lavorazioni da subappaltare.

La stazione appaltante ha interpretato la dichiarazione della concorrente nel senso che questa sia univocamente diretta ad avvalersi del subappalto per la sola categoria per la quale non possiede una qualificazione adeguata, ma tale impostazione non può essere condivisa.

Invero, anche superando ogni discussione in ordine all'effettiva

possibilità di ricostruire la volontà del partecipante come ha fatto la stazione appaltante, deve anche essere rilevato come la dichiarazione non esclude certo la possibilità di gestire in subappalto anche altre lavorazioni, oltre quella per la quale l'offerente mancava della qualificazione necessaria.

Deve quindi convenirsi con l'appellante nell'osservazione relativa all'ambiguità della dichiarazione di cui si discute, che non consente di cogliere il senso complessivo dell'offerta.

L'impresa seconda classificata doveva conseguentemente essere esclusa dalla gara.

3c. In conclusione, l'impugnazione proposta dall'appellante avverso l'ammissione alla gara delle imprese classificate al primo e secondo posto deve essere accolta.

Di conseguenza l'appellante, che ha presentato la terza migliore offerta, risulta automaticamente aggiudicataria.

Il Collegio deve pertanto prendere in esame la domanda risarcitoria.

Quest'ultima è fondata in quanto, come già sottolineato, l'accoglimento della duplice impugnazione proposta comporta il titolo dell'appellante al subentro nella posizione di aggiudicataria.

Peraltro il Collegio in applicazione dell'art. 122 del codice del processo amministrativo ritiene di non dover dichiarare l'inefficacia del contratto già stipulato ed il subentro dell'appellante in quanto, per il lungo tempo trascorso, è ragionevole presumere che i lavori siano stati eseguiti quanto meno in grande percentuale, per cui non

appare rispondente all'interesse delle parti imporre il subentro nel cantiere, se ancora aperto (C. di S., VI, 15 giugno 2010, n. 3759).

Occorre quindi disporre il risarcimento per equivalente, precisando che l'appellante non può, attraverso tale sistema, ottenere un guadagno superiore a quello che avrebbe ricavato dall'esecuzione, salvo che non sia rigorosamente provato un danno ulteriore rispetto al lucro cessante (C. di S., VI, 21 maggio 2009, n. 3144), circostanza che nella specie non ricorre.

Il risarcimento deve quindi essere quantificato sulla base del valore economico corrispondente a quello che l'interessato avrebbe ricavato dalla aggiudicazione dell'appalto.

Di conseguenza, il risarcimento deve essere ragguagliato all'offerta economica dell'appellante, con la quale esso ha giustappunto quantificato il ricavo massimo conseguibile in caso di aggiudicazione.

Il relativo guadagno, previsto e non ottenuto, base di calcolo del risarcimento, deve essere quantificato sulla base del sistema presuntivo dettato dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F .3d. Il risarcimento deve peraltro essere quantificato applicando correttivo, pari al 3%, in quanto l'impresa con il riconoscimento del suo diritto al risarcimento consegue un guadagno corrispondente a quello relativo all'esecuzione del contratto senza incorrere nel rischio imprenditoriale proprio di tale attività.

Il risarcimento deve, in conclusione, essere determinato nel 7% dell'offerta presentata dall'appellante.

La somma così determinata deve essere rivalutata dalla data del sorgere dell'obbligazione, da fissare in quella della sottoscrizione del contratto con l'aggiudicataria, fino al soddisfo e, sulla somma così rivalutata devono essere applicati gli interessi al tasso legale.

4. L'appello deve, in conclusione, essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, accolto il ricorso di primo grado, per l'effetto annullando l'impugnato provvedimento di aggiudicazione e l'ammissione alla gara della seconda classificata.

In ulteriore conseguenza la stazione appaltante deve essere condannata al risarcimento del danno subito dall'appellante, quantificato come al punto 3d che precede.

Le spese del giudizio devono essere integralmente compensate in ragione della complessità della causa.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 10807/10, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza gravata accoglie il ricorso di primo grado nei termini di cui in motivazione.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2012

IL SEGRETARIO

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