



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8781 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla

Ditta individuale Bene Luigi, in proprio ed in qualità di Mandataria di R.t.i. con la Giusan Costruzioni Edili e Stradali S.a.s. di Bene Giuseppe, ognuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, rappresentate e difese dagli avv. Antonio Parisi, Gianluigi Pellegrino e Marcello Russo, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

contro

Comune di Sant'Antimo, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Sasso, con domicilio eletto presso Gianmarco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

nei confronti di

Francesco Comune Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Cesare Loria e Luigi Cesaro, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Mantova, n. 13;

Edil Moter Sas di Pugliese Immacolata e Macfer Srl, ognuna in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI n. 785/2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade comunali, reti idriche e fognarie, delle fontanine pubbliche, dell'espurgo delle caditoie e delle fogne e delle aree e spazi attrezzati pubblici e della segnaletica orizzontale e verticale.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sant'Antimo e della Francesco Comune Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2013 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Pafundi, per delega di Sasso, e Loria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al T.A.R. per la Campania la ditta individuale Bene Luigi e la GIUSAN Costruzioni Edili e Stradali s.a.s. di Bene Giuseppe, rispettivamente mandataria e mandante del RTI tra loro costituendo, impugnavano gli atti della procedura aperta indetta dal Comune di Sant'Antimo per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di *“manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade comunali, delle reti idriche e fognarie, delle fontanine pubbliche, dell'espurgo e manutenzione delle caditoie e fogne, delle aree e spazi attrezzati pubblici e della segnaletica stradale orizzontale e verticale”*, ed in particolare l'aggiudicazione della relativa commessa alla Francesco Comune Costruzioni s.r.l. Richiedevano, altresì, la declaratoria di inefficacia ed il subentro nel contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, ovvero, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Le ricorrenti, terze classificate nella graduatoria di gara dopo la Francesco Comune Costruzioni s.r.l. e il RTI Edil Moter s.a.s. – Macfer s.r.l., denunciavano i vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto più profili, articolando le seguenti deduzioni:

- la Francesco Comune Costruzioni aveva fornito una polizza assicurativa che la Stazione appaltante avrebbe dovuto considerare inidonea ai fini previsti dagli artt. 13 (tabella n. 2, lett. A) del disciplinare di gara e A/7 del capitolato d'oneri (copertura contro tutti i rischi derivanti da dissesti stradali);
- in relazione all'elemento valutativo di cui alla lett. E (*“possesso di un sistema di gestione ambientale certificato secondo le norme UNI EN ISO 14000”*) della tabella n. 2, riportata all'art. 13 del disciplinare, sia al RTI delle ricorrenti che al RTI Edil Moter – Macfer sarebbe stato attribuito il punteggio massimo pari a 5, nonostante la richiesta certificazione di qualità fosse posseduta, nell'ambito della prima compagine, da entrambe le imprese raggruppate, mentre, nell'ambito della seconda compagine, da una soltanto di esse;
- con riguardo all'elemento valutativo sub lett. D della tabella n. 2 riportata all'art. 13 del disciplinare (*“esperienza documentabile in appalti simili al presente di manutenzione periodica e straordinaria di durata non inferiore ad un anno di strade, fogne e reti idriche”*), sarebbe stato erroneamente considerato biennale, anziché triennale, uno dei contratti di manutenzione vantati dalla ditta Bene Luigi; altro contratto di manutenzione analogo, inoltre, eseguito, in qualità di appaltatrice, dalla stessa ditta individuale, ma in qualità di subappaltatrice dalla partner GIUSAN Costruzioni Edili e Stradali, sarebbe stato irragionevolmente ritenuto non utilizzabile da entrambe in via cumulativa: il tutto con conseguente attribuzione di un punteggio inferiore a quello di spettanza delle ricorrenti, laddove il debito punteggio avrebbe consentito loro di sopravanzare il RTI Edil Moter – Macfer nella graduatoria concorsuale;
- sempre con riguardo al predetto elemento valutativo sub lett. D, infine, sarebbe stata riconosciuta in favore della Macfer l'esecuzione – pur non ritualmente certificata – di un contratto analogo da parte di altra impresa puramente, però, locatrice, e non cedente, di ramo di azienda.

Resistevano al gravame il Comune di Sant'Antimo e la controinteressata, che eccepivano l'infondatezza delle censure avversarie chiedendone il rigetto.

La domanda cautelare proposta da parte ricorrente, respinta dal T.A.R., veniva favorevolmente deliberata dalla Sezione con ordinanza n. 2582/2012 ai soli fini della sollecita celebrazione del giudizio di merito.

Frattanto l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, interpellata dalla stessa ricorrente con istanza del 19 dicembre 2011, emetteva il parere precontenzioso n. 63 del 18 aprile 2012, alla stregua del quale il RTI istante avrebbe dovuto essere collocato al secondo posto della graduatoria di gara in luogo del RTI Edil Moter – Macfer.

Al cospetto di tale parere la commissione giudicatrice, nella riunione del 16 maggio 2012, formulava le proprie controdeduzioni di cui al verbale di gara n. 6, avverso il quale parte ricorrente proponeva motivi aggiunti.

All'esito il T.A.R. adito, con la sentenza n. 785/2013 in epigrafe, respingeva il ricorso, reputando infondati i profili di doglianza relativi all'aggiudicazione in favore della Francesco Comune Costruzioni, e di riflesso sprovviste di interesse concreto le ulteriori censure, relative alla valutazione dell'offerta del RTI Edil Moter s.a.s. – Macfer s.r.l..

Ne scaturiva l'appello alla Sezione da parte della medesima ricorrente contro il dispositivo di tale decisione, seguito da motivi aggiunti all'indomani della pubblicazione integrale della sentenza.

L'appellante contestava la valutazione di infondatezza che aveva attinto le sue censure avverso la posizione dell'aggiudicataria, e riproponeva quelle dal primo Giudice reputate, invece, inammissibili.

Anche in questa sede il Comune di Sant'Antimo e la Francesco Comune Costruzioni resistevano alle doglianze in questione, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza.

Con ordinanza n. 329/2013 la domanda cautelare proposta dall'appellante veniva respinta, giudicando la Sezione prevalente l'interesse dell'Amministrazione e dell'aggiudicataria all'esecuzione del nuovo contratto, stipulato a valle della gara, rispetto a quello dell'appellante all'ulteriore protrazione del regime di *prorogatio* di cui già da tempo essa fruiva.

Le parti illustravano ulteriormente le proprie ragioni con successivi scritti.

All'udienza pubblica del 29 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

1. La Sezione non ravvisa ragione per attardarsi sull'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse riproposta in questa sede dall'aggiudicataria. L'eccezione si basa sull'affermazione, di per sé corretta, che l'effettività dell'interesse ad agire della ricorrente, classificatasi solo terza in graduatoria, dipende dalla circostanza che sia dimostrata in giudizio l'esistenza di un illegittimo differenziale di punteggio andato a beneficio non solo della controinteressata, ma, nel contempo, anche della seconda classificata. Questa affermazione fa comprendere, però, che l'eccezione non solleva un'autentica questione preliminare, ma presuppone un preventivo vaglio - almeno parziale - della controversia nel merito, esame cui conviene quindi addivenire senza indugio.

2, L'appello è fondato.

2a. L'appalto delle cui sorti si disputa verte, innanzitutto, sulla *“manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade comunali, delle reti idriche e fognarie, delle fontanine pubbliche, dell'espurgo e manutenzione delle caditoie e fogne, delle aree e spazi attrezzati pubblici e della segnaletica stradale orizzontale e verticale”*.

L'appalto include, altresì, i *“servizi di monitoraggio”* e i *“servizi di supporto tecnico opzionali”* (ossia dovuti al Comune qualora offerti in via migliorativa dall'appaltatore).

Quanto ai servizi di monitoraggio, *“l'appaltatore – a norma degli artt. A/5 e C/3 – dovrà monitorare costantemente lo stato dei luoghi, con obbligo di comunicazione di eventuali dissesti all'U.T.C. ed al Comando di Polizia municipale, con ripristino massimo entro 24 ore dalle segnalazioni comunque pervenute; inoltre, nel caso di impossibilità di ripristino immediato dei luoghi, dovrà apporre adeguata segnaletica che evidenzi il pericolo. Lo scopo del servizio è quello di monitorare le strade e marciapiedi cittadini, sia ... pubblici che di uso pubblico, comprese le piazze, le piazzette, e comunque tutte le aree pubbliche e di uso pubblico, al fine di avere piena conoscenza dei dissesti intesi come buche e/o sconnessione della carreggiata, zanella, cordoli e marciapiedi. Il servizio è relativo a tutti i dissesti sopra esplicitati a titolo esemplificativo, qualunque siano le cause che li hanno generati, e comprende l'immediato ripristino e l'immediata segnalazione degli stessi all'U.T.C. ed al Comando di Polizia municipale. Laddove non sia possibile intervenire immediatamente, la ditta dovrà tempestivamente avvisare l'U.T.C. e provvedere ad evidenziare il dissesto a norma di legge, al fine di evitare insidie e trabocchetti agli utenti ... Laddove un dissesto venga segnalato dal Comando di Polizia municipale, dai cittadini o da personale dell'U.T.C., la ditta è tenuta a provvedere immediatamente e comunque entro 24 ore”*.

I servizi di supporto tecnico opzionali, infine, consistono in servizi di *“numero verde”*, *“supporto operativo e di*

gestione dei dati”, “*reperibilità*” e “*pronto intervento*” (artt. A/6 e C/4).

2b. Così puntualizzato l’oggetto dell’appalto, deve ricordarsi la previsione dell’art. 129 (“*garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici*”), comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 : “*l’esecutore dei lavori è ... obbligato a stipulare una polizza assicurativa che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell’esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione*”.

A questa previsione si riconduce l’art. B/8 del capitolato d’oneri, che impone all’aggiudicataria di fornire “*una polizza assicurativa che tenga indenne la stazione appaltante da tutti i rischi di esecuzione e a garanzia della responsabilità civile per danni causati a terzi nell’esecuzione dei lavori*”.

In aggiunta e ad integrazione di tale polizza, però, gli artt. A/7 e C/5 del capitolato contemplano la possibilità di un’ulteriore assicurazione, solo facoltativa, “*per dissesti stradali*”, la cui prestazione costituisce un elemento di valutazione premiale dell’offerta tecnica, suscettibile di condurre al riconoscimento di un apposito punteggio aggiuntivo.

La lett. A della tabella n. 2 (“*elementi di valutazione*”), riportata sub art. 13 del disciplinare, stabilisce, difatti, che, “*in caso di disponibilità ad offrire assicurazione per dissesti stradali, l’appaltatore*” dovrebbe “*stipulare apposita polizza assicurativa, eventualmente integrando la polizza R.C.T. di cui all’art. B/8, punto b, del ... capitolato*”, ossia la polizza *ex art. 129*, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006; e dispone che, ove la polizza facoltativa in parola assicuri un rischio, per ogni sinistro: 1) fino all’importo di € 1.000,00, all’appaltatore verrebbero assegnati punti 5; 2) fino all’importo di € 2.000,00, all’appaltatore verrebbero assegnati punti 10; 3) fino all’importo di € 3.000,00, all’appaltatore verrebbero assegnati punti 15; 4) fino all’importo di € 4.000,00, all’appaltatore verrebbero assegnati punti 20; 5) fino all’importo di € 5.000,00, all’appaltatore verrebbero assegnati punti 25 (cfr. art. A/10 del capitolato d’oneri).

2c. Con riferimento al rapporto intercorrente tra le due forme di assicurazione appena dette, quella obbligatoria e quella facoltativa, la Sezione non ravvisa motivi validi per discostarsi dall’impostazione seguita dal primo Giudice. Si desume da quanto precede che con la seconda assicurazione indicata il Comune di Sant’Antimo, all’atto di mettere a gara, con i lavori di manutenzione stradale, idrica e fognaria, i servizi accessori di monitoraggio e supporto tecnico, per meglio cautelarsi dal rischio di dissesti ha inteso, attraverso la scelta di contemplare una polizza facoltativa aggiuntiva a quella obbligatoria *ex art. 129* d.lgs. n. 163/2006, rafforzare la propria copertura assicurativa con una salvaguardia estesa al caso di *default* dei suddetti servizi accessori.

La polizza obbligatoria non risulta, infatti, riferita ai servizi e alle forniture, ma ai soli lavori, ed è rivolta a tenere indenni le amministrazioni aggiudicatrici nelle ipotesi di danni arrecati dall’esecuzione delle opere (direttamente alle stazioni appaltanti, oppure a soggetti terzi legittimati ad agire in via risarcitoria nei confronti di queste).

Sarebbe risultato, quindi, estremamente problematico attrarre all’area di copertura assicurativa obbligatoria i dissesti stradali riconducibili eziologicamente non già all’esecuzione dei lavori di manutenzione, bensì all’insufficienza dei servizi accessori di monitoraggio e/o di supporto tecnico, prestazioni per loro natura esulanti dall’ambito definito dall’art. 129, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

Da qui la scelta della Stazione appaltante di superare ogni incertezza configurando, agli artt. A/7 e C/5 del capitolato, una espressa e puntuale estensione facoltativa della copertura assicurativa obbligatoria *ex art. 129*, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 ai sinistri in parola.

Come il Tribunale anche per questo aspetto ha condivisibilmente ritenuto, peraltro, il rischio connesso ai dissesti

stradali coperto dall'assicurazione facoltativa prevista dalla *lex specialis* non potrebbe reputarsi disancorato dall'esecuzione del contratto in gara, atteso che il relativo rischio sarebbe appunto riconducibile alle ipotesi di inadempimento dell'obbligo di monitoraggio, ripristino e segnalazione sancito dal capitolato, senza ricomprendere tutte le altre ipotesi di sinistro, avulse dalla sfera di controllo e di diligenza del manutentore e quindi da un nesso causale con il suo operato.

2d. Posta così in luce la differenza esistente tra le due assicurazioni, il primo e centrale motivo del presente appello richiede di verificare se la polizza ARISCOM prodotta dall'aggiudicataria soddisfacesse effettivamente i requisiti richiesti dalla *lex specialis* per l'indicata assicurazione facoltativa, e tale concorrente fosse quindi stata legittimamente premiata dalla Commissione con l'attribuzione dei 25 punti previsti dalla legge di gara quale punteggio massimo attribuibile in virtù della detta assicurazione.

3a. Il Tribunale ha risposto affermativamente a tale quesito, giudicando che l'oggetto dell'assicurazione rilasciata dalla ARISCOM fosse conforme a quanto contemplato dagli artt. A/7 e C/5 del capitolato.

Questo escludendo che potesse valere in contrario il fatto che la nuova polizza era a secondo rischio sulla precedente emessa dalla Groupama a norma dell'art. 129, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, in forza del rilievo che il secondo rischio, coperto in via facoltativa dalla ARISCOM, sarebbe stato comunque omogeneo al primo, coperto in via obbligatoria, entrambi afferendo in ultima analisi all'esecuzione del contratto.

Altro argomento speso dal TAR riguarda il fatto che, sebbene a secondo rischio, l'assicurazione integrativa dell'ARISCOM era destinata ad operare non subordinatamente, bensì congiuntamente e cumulativamente rispetto a quella principale della Groupama, in modo da garantire, in caso di dissesti stradali, la copertura entro il massimale per ogni sinistro indicato dalla Francesco Comune Costruzioni in sede di offerta tecnica.

3b. La lettura del primo Giudice è condivisa dalle attuali appellate, le quali, richiamandone ampiamente le osservazioni, insistono sulla natura integrativa della nuova polizza, sul suo testuale riferirsi ai dissesti stradali, e sull'indirizzo della giurisprudenza civile che, in tema di polizze a secondo rischio, indica che le stesse operano in modo congiunto, e non sussidiario o alternativo, rispetto a quelle a primo rischio (Cass. civ., Sez. III, 28 giugno 2006, 14962).

4. La Sezione è però dell'avviso che le conclusioni della sentenza appellata non siano coerenti con le sue pur approfondite premesse, essendo stati fraintesi i contenuti dell'assicurazione integrativa presentata dalla Francesco Comune Costruzioni.

4a. La polizza ARISCOM trasmessa dall'aggiudicataria con la sua lettera del 28 febbraio 2012 non risulta avere la portata attribuitale dal primo Giudice. Essa possiede, in realtà, lo stesso ambito applicativo dell'assicurazione obbligatoriamente già dovuta ai fini della partecipazione alla gara, la prima non coprendo rischi ulteriori rispetto alla seconda.

Il testo della polizza ARISCOM sin dalla sua prima pagina individua, infatti, il rischio formante il proprio oggetto nei "*dissesti stradali*", sì, ma solo ove "*derivanti dai lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria*". E tanto già depone per l'identificazione della nuova polizza come forma di assicurazione obbligatoria ai sensi dell'art. 129 d.lgs. n. 163/2006, il nuovo contratto non presentando alcun richiamo ai servizi richiesti all'appaltatore.

La medesimezza del rischio coperto dalle due assicurazioni riceve poi conferma dalla univoca previsione dell'art. 20 della nuova polizza. L'articolo, nel riferirsi alla polizza già pendente con la Compagnia Groupama, contrassegnata dal n. 081491/05, dà atto che questa verte proprio sullo "*stesso rischio*" e che la nuova polizza viene prestata per l'eccedenza che differenzia i rispettivi massimali per sinistro.

Ulteriore riprova della identità del rischio nei due contratti viene dalla circostanza che la nuova assicurazione è inequivocabilmente strutturata come polizza "*di secondo rischio*" rispetto a quella già esistente. Come la ricorrente

ha documentato senza dare adito a obiezioni sul punto, invero, l'espressione "*assicurazione di secondo rischio*" indica un "*contratto di assicurazione contro i danni complementare ad altra garanzia assicurativa, nel senso che l'assicurazione di secondo rischio è operante solo per la parte di danno che supera l'indennizzo dovuto dal primo assicuratore*" (glossario ANIA in all. n. 6 ai motivi aggiunti).

E' eloquente, del resto, la circostanza fattuale che, mentre la Groupama per la propria polizza facoltativa aveva richiesto all'appellata un premio di duecentomila euro, quello dovuto dalla medesima concorrente a fronte della ben diversa polizza da essa conclusivamente stipulata non supera i duemila euro.

Né vale in contrario invocare, come hanno fatto le appellate, l'indirizzo della giurisprudenza civile nel senso che le polizze a secondo rischio operano in modo congiunto e non sussidiario o alternativo, rispetto a quelle a primo rischio, dal momento che la relativa indicazione concerne solo il regime del concorso dei rispettivi diritti di credito dell'assicurato e lascia impregiudicato il fatto che la polizza presentata dall'aggiudicataria non offriva al Comune alcun valore aggiunto dal punto di vista dell'area di rischio coperta.

4b. Atteso il limitato oggetto della nuova polizza stipulata dall'aggiudicataria, la stessa nulla aggiungeva alla precedente obbligatoria, la quale ne veniva "integrata" solo per i più elevati massimali di copertura introdotti, senza che venissero coperti ulteriori rischi a maggior difesa degli interessi comunali, come invece logicamente richiesto dalla *lex specialis* per la polizza facoltativa.

Conclusione obbligata, allora, è quella della non spettanza, alla Francesco Comune Costruzioni s.r.l., del punteggio aggiuntivo ad essa attribuito, pari a 25 punti, in relazione all'elemento valutativo di cui alla lett. A della tabella n. 2 riportata sub art. 13 del disciplinare: attribuzione che aveva condotto l'appellata al punteggio complessivo pari a 74,27, a fronte dei 66,19 ottenuti dal RTI Bene Luigi – GIUSAN Costruzioni Edili e Stradali.

Da ciò una prima ragione di illegittimità dell'aggiudicazione impugnata.

5. Restano da valutare, a questo punto, le censure della ricorrente attinenti alla propria posizione nei confronti della seconda graduata, il R.T.I. Edil Moter s.a.s. – Macfer s.r.l., che la precede nella classifica di gara con il punteggio di 67,58 (vale a dire, con un differenziale di 1,39 punti).

5a. Fondata e assorbente è la prima di tali doglianze, nel suo profilo più incisivo.

La critica riguarda l'elemento valutativo di cui alla lett. E della tabella n. 2, riportata all'art. 13 del disciplinare, che prevede l'attribuzione di cinque punti a fronte del "*possesso di un sistema di gestione ambientale certificato secondo le norme UNI EN ISO 14000*".

Le contestazioni di parte muovono, in proposito, dalla constatazione che al RTI Edil Moter – Macfer sia stato attribuito, come al RTI delle ricorrenti, il suddetto punteggio di 5 unità, nonostante la richiesta certificazione di qualità fosse posseduta, nell'ambito della prima compagine, da una sola delle imprese raggruppate, mentre nel raggruppamento delle ricorrenti era in titolarità di entrambe le associate.

5b. La ricorrente nelle more del giudizio di primo grado ha sottoposto all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici la propria doglianza di fondo, secondo la quale ai fini dell'attribuzione del punteggio appena indicato sarebbe stato indispensabile il possesso dell'anzidetta certificazione ambientale da parte di entrambe le imprese del costituendo raggruppamento. E tale lettura è stata condivisa dall'Autorità con il parere precontenzioso n. 63 del 18 aprile 2012, secondo il quale la commissione erroneamente aveva attribuito alla seconda classificata i 5 punti in discussione senza accertare la sussistenza del requisito soggettivo in capo ad entrambe le imprese temporaneamente associate.

5c. La Sezione condivide l'avviso dell'Autorità.

L a *ratio* della previsione della cui applicazione si tratta è stata rettamente individuata dalla ricorrente nell'opportunità per l'Amministrazione di assicurarsi che la struttura organizzativa dell'appaltatore si conformasse

agli standard di tutela ambientale che presiedono al rilascio della certificazione indicata.

Ciò posto, è agevole considerare che, in presenza di un raggruppamento in cui solo uno dei partner sia in possesso della certificazione, la *ratio* esposta potrebbe soltanto in parte dirsi soddisfatta, giacché, in caso di aggiudicazione a tale concorrente, una quota delle prestazioni, quelle di pertinenza del/i soggetto/i sprovvisto/i della certificazione, dovrebbe essere disimpegnata da un operatore non qualificato dal punto di vista degli standard desiderati dalla committente. Sicché nel caso in questione non potrebbe dirsi raggiunto l'obiettivo comunale di assicurarsi che il possesso della certificazione avrebbe assistito lo svolgimento di tutte le attività di esecuzione dell'appalto.

In coerenza con quanto appena detto, dal momento che nella fattispecie la legge di gara individuava un punteggio fisso, senza prevedere -né quindi consentire di operare- graduazioni, deve ritenersi che l'attribuzione di siffatto punteggio fosse riservata ai raggruppamenti che, come quello ricorrente, disponevano della certificazione in capo a ciascun associato, versando in posizione perfettamente simmetrica a quella in cui si sarebbe trovata un'impresa individuale munita della stessa certificazione.

In altre parole, proprio la mancata graduazione del punteggio in rilievo depone nel senso che la *lex specialis* non avesse dato spazio a situazioni solo "parziali" (nel senso, cioè, che non bastasse soddisfare l'indicata *ratio* in misura limitata), bensì il punteggio postulasse il possesso della certificazione in capo a ciascuna delle associate.

Del resto, la titolarità di un sistema di gestione ambientale certificato è richiesta in capo al concorrente per la qualificazione che da ciò deriva, la quale connota però esclusivamente l'impresa che alla certificazione si sia sottoposta: sicché, nel caso di un concorrente avestive veste di raggruppamento, allorché solo una delle associate disponga della certificazione, non per questo il raggruppamento nella sua interezza potrebbe dirsi in possesso.

Senza dire che la diversa lettura seguita dalla Stazione appaltante presenta il difetto di equiparare illogicamente, assegnando la stessa addizionale di punteggio, concorrenti che, disponendo del pieno possesso della certificazione, garantirebbero il soddisfacimento dell'obiettivo perseguito dal Comune mediante la previsione dell'addizionale stessa, a concorrenti (quale un RTI) che invece, disponendo solo in parte della certificazione, sarebbero inidonei a fornire la stessa assicurazione: onde anche per tale ragione la lettura patrocinata dalle appellate deve essere disattesa.

5d. D'altro canto, la stessa *lex specialis* per i requisiti di partecipazione (attestazione SOA e certificazione di qualità ex art. 40 del d.lgs. n. 163/2006) aveva espressamente disposto (disciplinare, pag. 6) che, in presenza di RTI, tali requisiti dovessero essere documentati in capo a tutti i soggetti raggruppandi. E con riferimento al punteggio addizionale di cui si tratta non è dato rinvenire né elementi testuali né ragioni obiettive per giustificare una conclusione diametralmente opposta.

Né vale in contrario l'argomentazione difensiva che fa leva sulla possibilità di un avvalimento anche rispetto a certificazioni quale quella in discussione, giacché nella fattispecie in contestazione non soccorrerebbe il preciso e ben specifico obbligo, che connota invece l'istituto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del Codice, della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui in concreto il singolo concorrente sia carente (non solo: un'impresa ausiliaria dovrebbe attestare di non partecipare alla gara).

E tantomeno, infine, risulta dimostrato che nell'economia della ripartizione dell'appalto prevista in seno al RTI Edil Moter – Macfer la *generalità* delle lavorazioni suscettibili di porre problematiche di salvaguardia ambientale fosse riservata alla sola impresa munita della certificazione in discorso (la difesa dell'aggiudicataria si è limitata all'asserto che la certificazione era posseduta dall'associata incaricata della categoria di opere, le fognature, "che maggiormente richiede attenzione alla qualità ambientale").

5e. Per le ragioni esposte anche questo mezzo di appello merita di essere accolto.

5f. La fondatezza dell'assorbente rilievo comporta che la ricorrente risulta avere titolo al superamento in

graduatoria anche del R.T.I. Edil Moter – Macfer e pertanto a conseguire la commessa, previo annullamento dell'aggiudicazione oggetto d'impugnativa.

6. Parte ricorrente con il proprio ricorso ha domandato, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto frattanto stipulato con l'aggiudicataria e, di riflesso, il proprio subentro nell'appalto, ovvero, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

La disponibilità della parte al subentro nel contratto è stata ribadita anche in questo grado di giudizio.

La relativa domanda di tutela in forma specifica può trovare accoglimento, con la conseguenza che il risarcimento per equivalente da accordare alla parte vittoriosa ai sensi dell'art. 124 CPA dovrà essere limitato al solo periodo di esecuzione contrattuale sfuggito alla riparazione in forma specifica.

La Sezione, avuto riguardo agli aspetti valorizzati dall'art. 122 CPA, ravvisa, infatti, la sussistenza di condizioni tali da consentire la declaratoria di inefficacia del contratto in funzione del subentro nell'appalto della parte vittoriosa.

La natura delle prestazioni oggetto della commessa rende senz'altro possibile tale subentro; l'appalto, di durata triennale, benché stipulato già nel maggio del 2012, ha visto iniziata l'esecuzione delle prestazioni solo a partire dal verbale del 6 febbraio 2013, e dunque si è attuato fin qui meno di un terzo del suo ciclo; le parti, infine, non hanno opposto alcun impedimento al subentro: l'impresa appellata, al contrario, nella propria istanza del 18 dicembre 2012, nel caldeggiare il rigetto della domanda cautelare avversaria aveva rappresentato che l'avvio interinale del servizio da parte di essa deducente non avrebbe pregiudicato irreparabilmente la posizione della concorrente nell'eventualità di un futuro ribaltamento della decisione di primo grado, potendo in tal caso essere "agevolmente" riassegnato il servizio alla ricorrente.

La decorrenza della declaratoria di inefficacia del contratto può essere fissata allo spirare di sessanta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza.

7. Resta da dire della liquidazione dei danni da risarcire alla parte vittoriosa per equivalente, in relazione al lucro cessante corrispondente all'utile economico da essa non potuto percepire attraverso l'esecuzione dell'appalto (risarcimento che va appunto ragguagliato all'esatta durata del periodo di esecuzione del contratto sfuggito alla tutela in forma specifica).

7a. Circa le condizioni di accesso al risarcimento pecuniario, è appena il caso di ricordare che l'illegittimità dell'atto amministrativo già costituisce un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale incomberebbe quindi l'onere di provare la sussistenza di un proprio ipotetico errore scusabile (C.d.S., V, 31 ottobre 2008, n. 5453).

D'altra parte, la Corte di Giustizia dell'U.E. ha recentemente chiarito che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici, da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione. E questo anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'Amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un ipotetico difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (Corte giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, proc. C-314/09).

Poiché dunque la pretesa risarcitoria dell'appellante si conferma, nei limiti sopra visti, fondata, si può addivenire alla quantificazione del risarcimento accordabile all'avente diritto.

7b. Il risarcimento deve, naturalmente, essere parametrato al valore dell'appalto, quale risulta dall'offerta economica di gara dell'avente diritto.

A tale parametro l'appellante vorrebbe vedere applicato il criterio di liquidazione forfetaria del lucro cessante imperniato sulla formula del 10 % che si ricollega, in ultima analisi, all'art. 345 l. n. 2248 del 1865 All. F..

Tale criterio dovrebbe peraltro essere desunto da disposizioni in tema di lavori pubblici che riguardano, in realtà, altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'Amministrazione committente, o la determinazione del prezzo a base d'asta.

Il relativo riferimento, inoltre, potrebbe condurre all'abnorme risultato che il risarcimento dei danni sarebbe per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale. Con il che si creerebbe la distorsione per cui il soggetto ricorrente non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito, perché presumibilmente per tal via otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfetaria gli consentirebbe (C.d.S., V, 13 giugno 2008, n. 2967; VI, 21 maggio 2009 n. 3144).

La tecnica di quantificazione del danno in discorso, pertanto, pur se in una prima fase effettivamente impiegata nella pratica, dalla più recente giurisprudenza di questo Consiglio è stata messa profondamente in discussione (V, n. 2967/2008; VI, n. 3144/2009; 8 ottobre 2010, n. 8646), in sua vece affermandosi l'onere a carico dell'impresa di una prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che essa avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria dell'appalto (C.d.S., V, 6 aprile 2009, n. 2143; 17 ottobre 2008, n. 5098; 5 aprile 2005, n. 1563; VI, 4 aprile 2003, n. 478).

A conforto di tale indirizzo è recentemente giunta, infine, l'espressa previsione contenuta nell'art. 124 del Codice del processo amministrativo, a tenore del quale "*se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente subito*", a condizione, tuttavia, che lo stesso sia stato "*provato*".

Ebbene, nel caso di specie nessuna particolare prova è stata fornita dalla ricorrente in ordine alla misura dell'utile che essa avrebbe potuto trarre, né sono stati allegati indici fattuali circostanziati al punto di consentire, in ipotesi, il ricorso all'uopo a perizie contabili.

E' doveroso ricordare, d'altra parte, che, sempre secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (per tutte C.d.S., VI, n. 7004\2010), il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questi dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione (che compete all'impresa fornire), è da ritenere che l'impresa possa ragionevolmente aver riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi. Da qui la decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*.

Non va dimenticato, infatti, che, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno. Nelle gare di appalto l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga un ricorso e possa ragionevolmente confidare di riuscire vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative. Pertanto, non costituisce normalmente condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi d'impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere, nelle more, altre attività, procurandosi prestazioni contrattuali alternative dalla quali trarre utili.

Da qui allora la ragionevolezza di una detrazione dal risarcimento del mancato utile, diffusamente affermata dalla giurisprudenza di settore (in particolare, nella misura del 50%), sia dell'*aliunde perceptum*, sia dell'*aliunde percipiendum* con l'originaria diligenza (cfr., tra le più recenti, C.d.S., V, 8 novembre 2012, n. 5686; 27 marzo 2013, n. 1833; 7 giugno 2013, n. 3155).

7c. Tutto ciò posto, poiché nel caso specifico la parte danneggiata non ha fornito dimostrazione di non aver potuto utilizzare altrimenti maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione, la Sezione stima equo determinare il danno risarcibile nella misura del 5 % del valore della commessa (determinato, come si è anticipato, in ragione del ribasso offerto in gara dall'avente diritto, nonché della durata del periodo di commessa

sfuggito al risarcimento in forma specifica).

Non vi è invece luogo ad occuparsi del danno c.d. curricolare, per l'assorbente ragione che lo stesso è stato richiesto solo per l'eventualità del rigetto della domanda di subentro nell'appalto.

7d. Atteso che quello riconosciuto è un debito di valore, all'appellante spetta sulla prestazione risarcitoria la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, dal giorno del formale inizio dell'esecuzione del contratto illegittimamente aggiudicato sino a quello della pubblicazione della presente sentenza, con la quale in forza della liquidazione giudiziale il debito di valore si trasforma in debito di valuta.

Sul relativo importo, progressivamente rivalutato, fino alla medesima pubblicazione vanno computati anche gli interessi compensativi al tasso legale, dovendo il creditore essere posto nella stessa condizione economica nella quale si sarebbe trovato se il pagamento fosse stato tempestivo.

Sulla somma complessiva così determinata spettano, infine, dalla data della pubblicazione della sentenza e fino all'effettivo soddisfo, gli interessi nella misura legale.

8. In conclusione, in accoglimento del presente appello e, di riflesso, del ricorso di primo grado, deve essere annullata l'impugnata aggiudicazione, dichiarato inefficace il contratto stipulato tra le soccombenti, disposto il subentro di parte ricorrente nell'appalto e, infine, condannato il Comune al risarcimento del danno per equivalente per il periodo di appalto eseguito dal privato appellato.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra le parti in causa, ricorrendo giustificati motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie l'originario ricorso introduttivo ed annulla l'aggiudicazione impugnata.

Dichiara l'inefficacia del contratto di appalto concluso con la controinteressata a partire dal sessantunesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione, disponendo il subentro nell'appalto di parte ricorrente.

Condanna il Comune di Sant'Antimo al risarcimento dei danni patiti dalla medesima ricorrente, liquidati come da motivazione.

Compensa tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 09/12/2013

IL SEGRETARIO

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