



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 il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 937 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Olivotto S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita, Piero Costantini e Sergio Aragona, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, Via San Quintino, 10;

contro

Comune di Pietra Marazzi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Scaparone e Jacopo Gendre, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, Via S. Francesco d'Assisi, 14;

nei confronti di

Cabrini Albino S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Tagliabue e Anna Casavecchia, con domicilio eletto presso lo studio di

quest'ultima in Torino, Via Paolo Sacchi, 44;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 2768 dd. 17.06.2014 con la quale il Comune di Pietra Marazzi ha comunicato all'Impresa Olivotto S.r.l. l'esclusione dalla gara indetta per l'affidamento in appalto della "esecuzione di tutte le opere e provviste occorrenti per la realizzazione di un argine a protezione del concentrico del Comune di Pietra Marazzi, sulla sponda sinistra del Fiume Tanaro" (codice CUP H34B13000100005 codice CIG 5585043B46);

- dell'aggiudicazione provvisoria della medesima gara disposta in data 27.06.2014 in favore della ditta Cabrini Albino S.r.l.;

- in parte qua e nei limiti di interesse dell'Impresa Olivotto, del bando di gara dd. 11.04.2014 e relativi allegati;

- di tutti i verbali di gara ed in particolare del verbale riferito alla seduta di gara dd. 12.06.2014;

- di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente, nonché di eventuali atti ulteriori non noti, quali l'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto, nonché dei provvedimenti, espressi o taciti, di diniego di autotutela ai sensi dell'art. 243 bis del D.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.

e per la dichiarazione di inefficacia

del contratto eventualmente stipulato, con espressa domanda di subentrare nel suddetto contratto ex art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010 nonché per la condanna

del Comune di Pietra Marazzi al risarcimento dei danni in forma specifica mediante l'annullamento dell'esclusione e dell'aggiudicazione impugnati con conseguente assegnazione dell'appalto all'Impresa Olivotto ovvero, laddove impossibile in tutto o in parte, per equivalente monetario;

e con i motivi aggiunti depositati in data 15 ottobre 2014

per l'annullamento e/o l'accertamento e declaratoria di nullità, previa sospensiva

- della determinazione n. 9 dd. 06.08.2014 del Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Pietra Marazzi con la quale sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta in favore della Ditta Cabrini Albino S.r.l. l'aggiudicazione definitiva delle opere di realizzazione di argine a protezione del concentrico sulla sponda sinistra del fiume Tanaro - Lotto 1;

- dei “verbali di gara” allegato A) alla suddetta determinazione relativi alle sedute dd. 16.05.2014, 19.05.2014, 21.05.2014, 27.05.2014, 29.05.2014, 05.06.2014, 12.06.2014 e 27.06.2014;

- ove occorresse, della nota prot. n. 3564 dd. 06.08.2014 ricevuta in data 07.08.2014, recante “comunicazione di Aggiudicazione definitiva”, con la quale è stata trasmessa alla ricorrente copia della determinazione n. 9/2014 ed allegati verbali;

- ove occorresse, della nota prot. n. 3217 dd. 21.07.2014 con la quale il Comune di Pietra Marazzi, nel riscontrare l’informativa di ricorso di Impresa Olivotto S.r.l. dd. 07.07.2014, ha dichiarato la propria

intenzione di non dar seguito alla richiesta di annullamento del provvedimento di esclusione disposto a carico dell'odierno ricorrente;

- ove occorresse ed in parte qua nei limiti di interesse dell'Impresa Olivotto, della determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 6 dd. 04.04.2014, richiamata nel verbale di gara relativo alla seduta dd. 16.05.2014 e nel provvedimento di aggiudicazione definitiva.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pietra Marazzi e di Cabrini Albino S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2015 il dott. Vincenzo Salamone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio si chiede l'annullamento: della nota prot. n. 2768 dd. 17.06.2014, con la quale il Comune di Pietra Marazzi ha comunicato all'Impresa Olivotto S.r.l. l'esclusione dalla gara indetta per l'affidamento in appalto della "esecuzione di tutte le opere e provviste occorrenti per la realizzazione di un argine a protezione del concentrico del Comune di Pietra Marazzi, sulla

sponda sinistra del Fiume Tanaro" (codice CUP H34313000100005 codice CIG 558504313467); dell'aggiudicazione provvisoria della medesima gara disposta in data 27.06.2014 in favore della ditta Cabrini Albino S.r.l.; in parte qua e nei limiti di interesse dell'Impresa Olivotto, del bando di gara dd. 11.04.2014 e relativi allegati; di tutti i verbali di gara, nessuno escluso, ed in particolare del verbale riferito alla seduta di gara dd. 12.06.2014; di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente, nonché di eventuali atti ulteriori non noti, quali l'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto, nonché dei provvedimenti, espressi o taciti, di diniego di autotutela ai sensi dell'art. 243 bis del D.lgs. n. 163/2006 e ss. mm..

Si chiede inoltre la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con espressa domanda di subentrare nel suddetto contratto ex art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010, nonché per la condanna del Comune di Pietra Marazzi al risarcimento dei danni in forma specifica mediante l'annullamento dell'esclusione e dell'aggiudicazione impugnati con conseguente assegnazione dell'appalto all'Impresa Olivotto ovvero, laddove impossibile in tutto o in parte, per equivalente monetario.

Con i motivi aggiunti si chiede l'annullamento della determinazione n. 9 dd. 06.08.2014 del Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Pietra Marazzi con la quale sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta in favore della Ditta Cabrini Albino S.r.l.

l'aggiudicazione definitiva delle opere di realizzazione di argine a protezione del concentrico sulla sponda sinistra del fiume Tanaro - Lotto 1; dei "verbali di gara" allegato A) alla suddetta determinazione relativi alle sedute dd. 16.05.2014, 19.05.2014, 21.05.2014, 27.05.2014, 29.05.2014, 05.06.2014, 12.06.2014 e 27.06.2014; ove occorresse, della nota prot. n. 3564 dd. 06.08.2014, ricevuta in data 07.08.2014, recante "comunicazione di aggiudicazione definitiva", con la quale è stata trasmessa alla ricorrente copia della determinazione n. 9/2014 ed allegati verbali; ove occorresse, della nota prot. n. 3217 dd. 21.07.2014 con la quale il Comune di Pietra Marazzi, nel riscontrare l'informativa di ricorso di Impresa Olivotto S.r.l. dd. 07.07.2014, ha dichiarato la propria intenzione di non dar seguito alla richiesta di annullamento del provvedimento di esclusione disposto a carico dell'odierna ricorrente; ove occorresse ed in parte qua nei limiti di interesse dell'Impresa Olivotto, della determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 6 dd. 04.04.2014, richiamata del verbale di gara relativo alla seduta dd. 16.05.2014 e nel provvedimento di aggiudicazione definitiva; dei provvedimenti già impugnati col ricorso dd. 16.07.2014 e quindi: della nota prot. n. 2768 dd. 17.06.2014 con la quale il Comune di Pietra Marazzi ha comunicato all'Impresa Olivotto S.r.l. l'esclusione dalla gara indetta per l'affidamento in appalto della "esecuzione di tutte le opere e provviste occorrenti per la realizzazione di un argine a protezione del concentrico del Comune di Pietra Marazzi, sulla

sponda sinistra del Fiume Tanaro" (codice CLIP H34213000100005 codice CIG 5585043B46; dell'aggiudicazione provvisoria della medesima gara disposta in data 27.06.2014 in favore della ditta Cabrini Albino S.r.l.; in parte qua e nei limiti di interesse dell'Impresa Olivotto, del bando di gara dd. 11.04.2014 e relativi allegati; di tutti i verbali di gara, nessuno escluso, ed in particolare del verbale riferito alla seduta di gara dd. 12.06.2014; di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente, nonché di eventuali atti ulteriori non noti.

Si chiede, inoltre, la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con espressa domanda di subentrare nel suddetto contratto ex art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010, nonché la condanna del Comune di Pietra Marazzi al risarcimento dei danni in forma specifica mediante l'annullamento dell'esclusione e dell'aggiudicazione impugnati con conseguente assegnazione dell'appalto all'Impresa Olivotto ovvero, laddove impossibile in tutto o in parte, per equivalente monetario.

Si lamenta la violazione di legge. Mancata e/o erronea applicazione della lex specialis di gara, degli artt. 38 e 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006 nonché degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000. Nullità ex art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifeste. Violazione dei principi di proporzionalità e del favor participationis.

L'Amministrazione resistente e la controinteressata Cabrini Albino S.r.l. nel costituirsi in giudizio hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare n. 406 del 2014 è stata rigettata la domanda cautelare attesa la anticipata consegna dei lavori e "Ritenuto che allo stato appare prevalente l'interesse alla esecuzione delle opere di sistemazione del corso d'acqua (fiume Tanaro) e che le opere sono già in corso di esecuzione per essere intervenuta l'anticipata consegna dei lavori, come documentato dal Comune e dalla impresa contro interessata".

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2014 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1 - Il ricorso è fondato.

Con bando di gara del giorno 11.04.2014 il Comune di Pietra Marazzi indiceva una procedura aperta per l'affidamento in appalto della "esecuzione di tutte le opere e provviste occorrenti per la realizzazione di un argine a protezione del concentrico del Comune di Pietra Marazzi, sulla sponda sinistra del Fiume Tanaro" (codice CUP H34B13000100005 codice CIG 5585043B467), per l'importo complessivo a base di gara a € 1.471.688,08, al lordo degli oneri per la sicurezza.

Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello del prezzo più basso, con applicazione del sistema di esclusione automatica delle offerte superiori alla soglia di anomalia.

Il paragrafo 16.2.2. del bando dettagliava il contenuto della documentazione amministrativa da inserire nel plico di offerta ed in particolare, per quanto di specifico interesse in questa sede, era richiesta, al punto 3), una dichiarazione, da rendere sulla base del facsimile modello allegato C) da parte di ciascuno dei soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lettera b), del D.Lgs. n. 163/2006 (legali rappresentanti, direttori tecnici, soci di maggioranza), attestante il possesso dei requisiti previsti dall'art. 38 del D.l.vo n. 163 del 2006 e ss.mm.ii..

Con nota prot. n. 2768 dd. 17.06.2014 la stazione appaltante comunicava alla ricorrente di averne disposto l'esclusione dalla gara nel corso della seduta pubblica dd. 12.06.2014 per le seguenti ragioni: "dalla verifica è emerso che i Sigg.ri Olivotto Alfio, Olivotto Luca e Olivotto Paolo, legali rappresentanti e direttori tecnici, hanno tutti ommesso la dichiarazione, da prestarsi a pena di esclusione dalla partecipazione, di cui al bando di gara, pagina 16, punto 3) dell'elencazione dei documenti necessari per l'ammissione da inserirsi nella busta A - Documentazione> [modello fac-simile allegato C) al bando di gara]; la dichiarazione di cui sopra è riconducibile alle cause di esclusione di cui alle lettere b) ed m-ter), comma 1, dell'art. 38, del D.lgs. 163/2006, e perentoria per i soggetti individuati all'art. 38, comma 1, lettera b), del D.lgs. 163/2006, tra i quali figurano gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza ed i direttori tecnici".

La stazione appaltante, in data 27.06.2014, procedeva quindi alla formazione della graduatoria di gara, sulla base dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi ed al conseguente calcolo della soglia di anomalia (pari al 31,606 %), individuando quale aggiudicataria provvisoria la ditta Cabrini Albino S.r.l., che aveva praticato un ribasso pari al 31,46%.

Si sostiene che qualora ammessa l'Impresa Olivotto, che ha offerto un ribasso del 31,53%, risulterebbe aggiudicataria della gara.

Si deduce la censura di violazione di legge; mancata e/o erronea applicazione della lex specialis di gara, degli artt. 38 e 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006 nonché degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000; nullità ex art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifeste; violazione dei principi di proporzionalità e del favor participationis.

Successivamente al perfezionamento della notifica del ricorso ed al suo deposito, il Comune di Pietra Marazzi ha proceduto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione n. 9 del 06.8.2014 del Responsabile del Servizio Tecnico, trasmessa all'Impresa Olivotto, in una coi verbali di gara, con nota prot. n. 3564 dd. 06.08.2014, ricevuta in data 07.08.2014.

La ricorrente impugna l'aggiudicazione definitiva e gli ulteriori atti indicati in epigrafe (e tra essi, tuzioristicamente, anche il diniego di autotutela, seppur meramente confermativo delle precedenti

determinazioni), che risulterebbero viziati per i medesimi motivi già esposti nel ricorso principale in relazione ai provvedimenti presupposti, nonché per illegittimità derivata, e così da annullarsi per le seguenti ragioni, già contenute nel ricorso principale.

2 - Le censure meritano accoglimento.

L'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 individua i requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

Tra di essi rilevano, per quanto di interesse nella controversia all'esame del Collegio, le condizioni ostative di cui alle lettere b) e m-ter), riguardanti i soggetti:

- "b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società"; e

- "m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, pur essendo stati

vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio".

A tali requisiti si riferisce nello specifico il punto 3) del paragrafo 16.2.2. del bando di gara, imponendo ai concorrenti la presentazione di una dichiarazione attestante:

"a) che nei propri confronti non sono pendenti procedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 159 del 06.09.2011 o di una delle cause ostative previste dall'art. 67 del decreto legislativo n. 159 del 06.09.2011 (disposizioni antimafia); di non essere stata vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del D.L. 13.5.1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12.7.1991, n. 203; ovvero che pur essendo stato vittima

dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del D.L. 13.05.1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12.07.1991, n. 203, ha denunciato i fatti all'autorità giudiziaria; ovvero b)3. che pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del D.L. 13.05.1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12.07.1991, n. 203, non ha denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, in quanto ricorre nella fattispecie il seguente caso previsto dall'art. 4, comma 1, della legge 24.11.1981, n. 689: ...".

Il bando di gara prevede espressamente che "la dichiarazione di cui al punto 3) deve essere resa, a pena di esclusione, da ciascuno dei soggetti indicati al medesimo punto 3)".

Nel caso di specie il Sig. Antonio Olivotto, legale rappresentante e direttore tecnico della società ricorrente, ha dichiarato l'insussistenza delle cause ostative di cui alle lettere b) ed m-ter) del 1° comma dell'art. 38 (corrispondenti alle lettere a) e b) del punto 3) del paragrafo 16.2.2. del bando di gara) con riferimento non solo a se stesso bensì anche ai Sig.ri Alfio Olivotto, Luca Olivotto e Paolo Olivotto, partitamente indicati nella dichiarazione, anch'essi legali rappresentanti e direttori tecnici dell'Impresa.

Ciò è stato ritenuto dalla stazione appaltante contrastare con la prescrizione del bando di gara che, come visto, imponeva, a pena di esclusione, la presentazione delle dichiarazioni in questione da parte

di ciascuno dei soggetti di cui alla lettera b) dell'art. 38, comma 1.

L'esclusione disposta nei confronti della ricorrente è illegittima.

Va preliminarmente dichiarata la nullità della clausola di bando in questione ai sensi di quanto disposto dall'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006 per cui "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Deve considerarsi, ai sensi dell'art. 46 del d.l.vo n. 163 del 2006 nulla la predetta clausola del bando di gara, in applicazione della quale è stata disposta l'esclusione dell'Impresa Olivotto, che impone, a pena di esclusione, la presentazione della dichiarazione da parte di ciascuno dei soggetti di cui alla lettera b) dell'art. 38, comma 1, del codice dei contratti, anziché, in alternativa, anche da un solo legale rappresentante sia per conto proprio che di ciascuno dei soggetti in questione.

Tale clausola, infatti, si pone in contrasto con la disciplina dettata dal D.P.R. n. 445 del 2000 recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa" (richiamato anche dal 2° comma dell'art. 38 del Codice appalti), ed in particolare con il suo art. 47, comma 2, a mente del quale "la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

La necessaria applicazione della norma de qua alle procedure di evidenza pubblica è univocamente affermata dalla giurisprudenza, condivisa dal Collegio, secondo la quale un soggetto munito della rappresentanza dell'impresa può rendere la dichiarazione sull'insussistenza delle cause di esclusione dalla gara, dettate dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, anche per gli altri soggetti che nell'impresa devono possedere tali requisiti.

Si è, infatti, oramai affermato nella giurisprudenza il principio secondo il quale è possibile la presentazione, da parte di un unico soggetto a ciò abilitato, della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà riguardante, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445 del 2000, non solo qualità personali e fatti del dichiarante ma anche, stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 938 del 21 febbraio 2012, Sez. V, n. 1563 del 1° aprile 2014).

3 - Stante la nullità, per le ragioni anzidette, della clausola di bando in

questione, deve conseguentemente ritenersi illegittima l'esclusione disposta, in diretta applicazione di detta clausola, a carico della ricorrente.

A seguito di ordinanza istruttoria adottata da questo Tribunale amministrativo regionale alla c.c. del 22 settembre 2014 il seggio di gara riconvocato in seduta pubblica in data 02.10.2014, come si legge nel relativo verbale, "La Commissione rileva, pertanto, che l'offerta del concorrente ricorrente Impresa Olivotto S.r.l. risulta miglior offerta per difetto. Il Presidente di gara dispone che l'originale del presente verbale sia trasmesso al TAR Piemonte per i successivi adempimenti, in ottemperanza alla propria Ordinanza n. 1504/2014. La seduta viene chiusa alle ore 12,10".

Il ricorso ed i motivi aggiunti vanno, pertanto, accolti e vanno conseguentemente dichiarati illegittimi la nota prot. n. 2768 dd. 17.06.2014 con la quale il Comune di Pietra Marazzi ha comunicato all'Impresa Olivotto S.r.l. l'esclusione dalla gara e la determinazione n. 9 del 6.8.2014 del Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Pietra Marazzi con la quale sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta in favore della Ditta Cabrini Albino S.r.l. l'aggiudicazione definitiva delle opere di realizzazione di argine a protezione del concentrico sulla sponda sinistra del fiume Tanaro - Lotto 1.

4 - Non sussistono i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto atteso che, come rilevato nell'ordinanza cautelare n. 406 del

2014 "appare prevalente l'interesse alla esecuzione delle opere di sistemazione del corso d'acqua (fiume Tanaro) e che le opere sono già in corso di esecuzione per essere intervenuta l'anticipata consegna dei lavori, come documentato dal Comune e dalla impresa controinteressata".

Osserva il Collegio che l'art. 121 CPA, nel disciplinare l'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni dispone che "Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006,

n. 163;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".

Va aggiunto pur tuttavia che in forza del dettato normativo, il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti.

Nella fattispecie non ricorrono i presupposti correlati alla casistica di cui sopra, atteso che l'art. 11 comma 9 del D.lgs. n. 163 del 2006 consente la consegna dei lavori in via di urgenza e posto che non è stata dimostrata la avvenuta stipula del contratto prima del rigetto

della domanda cautelare.

Va, pertanto, applicato nella fattispecie l'art. 122 CPA per il quale "fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Va tenuto conto che nella fattispecie, tenuto conto della tipologia dei lavori da realizzare (messa in sicurezza di un corso d'acqua per prevenire rischi alla popolazione in conseguenza di possibili esondazioni) esiste un prevalente interesse pubblico a non determinare interruzioni e ritardi nella esecuzione delle opere già in corso che deriverebbero inevitabilmente dalla declaratoria di inefficacia del contratto e dalla rinnovazione in favore di altra impresa della attività contrattuale.

Detti presupposti assumono rilievo al fine di escludere la possibilità nella fattispecie di dichiarare inefficace il contratto e di riconoscere, invece, alla parte ricorrente il risarcimento per equivalente anziché in forma specifica.

5 - La ricorrente Impresa Olivotto ha, peraltro, insistito nell'ultima

memoria nella richiesta di risarcimento per equivalente monetario dei danni ingiustamente patiti.

A tale riguardo, quanto all'an debeat, va anzitutto osservato che sussiste il nesso di causalità tra i danni subiti dalla ricorrente e l'evento dannoso, atteso che è stata provata, per effetto del ricalcolo della soglia di anomalia (anche con la riammissione degli ulteriori concorrenti esclusi per analoghi motivi), la sicura spettanza dell'aggiudicazione in favore dell'Impresa Olivotto (documentazione depositata dal Comune in data 06.10.2014).

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, va rilevato che in materia di risarcimento da mancato affidamento di gare pubbliche di appalto non è necessario provare la colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice come ulteriore presupposto del risarcimento da adozione di provvedimento illegittimo (da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4586); con sentenza in data 30 settembre 2010, C-314/09, la Terza Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha infatti affermato che la vigente normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da un'amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione e di conseguenza, al fine della configurabilità della risarcibilità dei danni per equivalente in materia di appalti pubblici, si

può prescindere dall'accertamento della sussistenza della colpa.

Con riguardo al quantum debeatur il Collegio osserva che il risarcimento va quantificato in via equitativa, sulla base del principio generale previsto dall'art. 1226 c.c., tenuto conto che, essendo i lavori in corso, la società ricorrente non è nelle condizioni oggettive per fornire la prova del mancato utilizzo delle maestranze nell'esecuzione di altri contratti nella certezza del risultato favorevole della gara d'interesse, per cui l'importo dell'utile non va ridotto nel caso specifico del 50%, come riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza (da ultimo Consiglio di Stato, IV sez. 11 novembre 2014, n. 5531).

La ricorrente nella memoria da ultimo depositata ha calcolato il 10% sull'importo complessivo dell'offerta, cioè € 1.120.456,66.

Tale richiesta di quantificazione ad avviso del Collegio non è corretta.

Rileva, però il Collegio che l'offerta nella fattispecie si compone, così come previsto dagli atti di indizione della gara, di tre voci: oneri di sicurezza, costo del personale, importo complessivo dei lavori (v. pagg. 3/4 del bando di gara): le prime due voci - gli oneri di sicurezza e il costo del personale - non sono soggette a ribasso e quindi rappresentano voci di costo sulle quali l'impresa non può vantare margini di utile.

Quest'ultimo va computato, invece, con riferimento all'importo complessivo dei lavori posto a base di gara, cioè € 1.113.959,46 (c.d. importo ribassabile).

Conseguentemente posto che il ribasso offerto dall'impresa ricorrente è pari al 31,46% e l'importo che la ricorrente ha dichiarato di offrire per la realizzazione dell'opera ammonta a € 763.507,86 (€ 1.113.959,46 - 350.451,6, corrispondente al ribasso offerto di 31,46%) il 10% di tale valore corrisponderebbe ad una somma pari a € 76.350,7.

Detto importo, incrementato degli interessi al tasso legale dalla pubblicazione della presente sentenza al soddisfo, è comprensivo della liquidazione del danno curriculare non provato specificamente. Pertanto, in accoglimento del ricorso, il Collegio ritiene equo imporre all'Amministrazione di liquidare a titolo di risarcimento dovuto in favore della società ricorrente una somma determinata nella misura forfettaria di cui sopra.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo con riguardo all'Amministrazione resistente, mentre vanno compensate con riguardo alla controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla la nota prot. n. 2768 dd. 17.06.2014 con la quale il Comune di Pietra Marazzi ha comunicato all'Impresa Olivotto S.r.l. l'esclusione dalla gara e la determinazione n. 9 dd. 06.08.2014 del Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Pietra Marazzi con la quale sono

stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta in favore della Ditta Cabrini Albino S.r.l. l'aggiudicazione definitiva delle opere di realizzazione di argine a protezione del concentrico sulla sponda sinistra del fiume Tanaro - Lotto 1;

rigetta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Pietra Marazzi e la Cabrini Albino S.r.l.;

accoglie la domanda di risarcimento del danno per equivalente e, per l'effetto, condanna l'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in favore della società appellata (ex art. 124 c.p.a.), nella misura di cui in motivazione.

Condanna il Comune resistente alla rifusione in favore della parte ricorrente di spese ed onorari del giudizio che liquida in € 3.000 (tremila) oltre accessori di legge e contributo unificato nella misura versata.

Compensa le spese e gli onorari del giudizio tra società ricorrente e quella controinteressata.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente, Estensore

Savio Picone, Primo Referendario

Paola Malanetto, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2015

IL SEGRETARIO

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