

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.86/2006

Reg.Dec.

N. 9510 Reg.Ric.

ANNO 2003

Disp.vo n. 505/2005

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso n. 9510/2003 proposto da Verazzo Giuseppe, titolare dell'omonima ditta, rappresentato e difeso dall'avv. Ciro Centore, ed elettivamente domiciliato in Roma alla via Sistina n. 121,

contro

la provincia di Caserta, in persona del suo presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Ferraiuolo con domicilio eletto in Roma piazza Capo di Ferro n. 13, presso la Segreteria della Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato;

il Ministero per i Beni e le Attività Culturali rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo della Campania – Napoli Sez. I n. 11259/2003;

Visto il ricorso con relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle intime amministrazioni.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti di causa.

Udita alla pubblica udienza del 18 ottobre 2005 la relazione del consigliere Sabino Luce e sentiti altresì l'avv. Buccellato per delega dell'avv. Centore e l'avv. dello Stato De Felice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto:

FATTO

1. Con sentenza n. 11259, del 21 maggio/25 agosto 2003, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione di Napoli, respingeva il ricorso (n. 4481/2002) proposto da Verazzo Giuseppe, titolare dell'omonima ditta, contro la provincia di Caserta ed il ministero per i beni e le attività culturali, per l'annullamento della determinazione n. 160/E, del 9 aprile 2002, con la quale era stato annullato il

bando di gara del 23 agosto 2001, n. 32/2001, per la realizzazione di opere infrastrutturali di completamento del museo campano di Capua e degli atti alla stessa connessi tra cui la comunicazione prot. 1761/spe del 1 aprile 2002. Con la medesima sentenza, il Tribunale amministrativo regionale condannava l'amministrazione provinciale di Caserta al pagamento in favore del ricorrente della somma di euro 2.500,00 a titolo di risarcimento, per responsabilità precontrattuale, in considerazione del danno dallo stesso subito per la partecipazione alla procedura di gara di cui era risultato aggiudicatario, con compensazione tra le parti delle spese processuali. Contro la decisione indicata, il Verazzo ha proposto appello al Consiglio di Stato chiedendone, con ricorso notificato il 7 ottobre 2003, la riforma con l'integrale accoglimento della domanda proposta in primo grado. Nella resistenza della provincia di Caserta, il ricorso è stato chiamato per l'udienza odierna al cui esito è stato trattenuto in decisione dal collegio.

DIRITTO

2. La ditta individuale di Verazzo Giuseppe è stata aggiudicataria di una gara di appalto per lavori di completamento di opere infrastrutturali del museo campano di Capua, per un importo a base d'asta di euro 1.727.978,71, oltre iva. Il bando di gara indicava, nella descrizione dei lavori, come prevalente la categoria OG1 (edifici civili e industriali) e come scorporabili e/o subappaltabili le categorie OS30 (impianti elettrici), OS4 (impianti elettromagnetici trasportatori) e OS3 (impianti antincendio). Successivamente all'aggiudicazione, tuttavia, la stazione appaltante (l'amministrazione provinciale di Caserta), a seguito di una segnalazione della locale Sovrintendenza ai monumenti, provvedeva all'annullamento in autotutela del bando e dell'aggiudicazione della gara in quanto, erroneamente, era stata richiesta, per i lavori prevalenti, la qualificazione in una categoria generale (OG1) diversa da quella che era, invece, necessaria (OG2), in considerazione della tipologia del bene cui si riferiva l'intervento.

3. Come già rilevato nelle premesse di fatto, il Tribunale amministrativo regionale, con l'impugnata sentenza, ha respinto il ricorso proposto dalla impresa aggiudicataria per l'annullamento del provvedimento adottato in autotutela dall'amministrazione appaltante; ritenendo, nel contempo, configurata nel comportamento dell'amministrazione, un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che ha, conseguentemente, condannato al pagamento in favore della ricorrente della somma complessiva di euro 2.500,00 ivi compresi euro 500,00, equitativamente liquidati per i danni derivanti dall'inutile partecipazione alla gara di appalto, con compensazione tra le parti delle spese processuali. Con il proposto appello, la ditta Verazzo censura la decisione di prima istanza, riproponendo le doglianze dedotte in primo grado e chiedendone la riforma con l'annullamento del provvedimento adottato in autotutela dalla provincia di Caserta ed in ogni caso con la condanna dell'amministrazione provinciale ad un maggior danno, previa anche la qualificazione dell'illecito come ipotesi di responsabilità contrattuale.

4. L'appello è parzialmente fondato e, nei limiti che saranno specificati, meritevole di accoglimento.

Come riconosce lo stesso appellante, per la partecipazione alle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici e per la stipulazione dei relativi contratti, gli operatori economici devono, oltre che essere moralmente affidabili, avere apposita qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. La qualificazione, che è richiesta agli appaltatori, è correlata alla tipologia delle lavorazioni oggetto dell'appalto, in modo che sia assicurata la qualità dei lavori, così come prescritto dall'art. 1 della legge-quadro n. 109/1994; e la stessa (qualificazione) va dimostrata, dopo le modifiche di cui alla legge-quadro indicata, con la produzione di apposito attestato rilasciato da organismi di diritto privato (soa) a tanto specificamente autorizzati. La produzione della relativa certificazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per ritenere qualificato l'operatore economico, senza alcuna facoltà per la stazione appaltante di considerare adeguata una qualificazione diversa da quella correlata ai lavori da eseguire, oppure di richiedere una documentazione diversa per la dimostrazione della qualificazione al riguardo necessaria. Il nuovo sistema, come è anche noto, ha sostituito quello precedentemente in vigore, basato sull'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori, implicante, anch'esso, una distinzione

per categorie e classifiche delle lavorazioni le quali, per molti aspetti, erano, tuttavia, diversamente accorpate; con apposita tabella allegata al d.P.R. 34/2000 è stata prevista la corrispondenza tra vecchie e le nuove categorie di lavorazioni.

5. Nel caso in esame, oggetto dell'appalto erano "lavori di completamento (delle) opere infrastrutturali presso il museo campano di Capua" (palazzo Antignano, soggetto al vincolo di cui alla legge n. 1089/1939, ora D.Lgvo 490, del 12 ottobre 1999); e per la loro esecuzione, sulla base delle declaratorie di cui all'allegato 1 al d.P.R. n. 34/2000, non era sufficiente il possesso della qualificazione per la categoria individuata con l'acronimo OG1 (che era relativa agli edifici civili e industriali) occorrendo, invece, possedere la qualificazione per la categoria contrassegnata dall'acronimo OG2 (che riguardava il restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali). Contrariamente, poi, a quanto sostenuto dall'appellante, per l'esaminata ipotesi, il possesso della qualificazione per la categoria OG2 era necessario, non già per il solo caso in cui sui beni vincolati si andassero ad eseguire lavorazioni particolarmente specifiche o complesse; era, invece, la peculiarità del bene sul quale si andava ad intervenire che richiedeva la speciale qualificazione dell'esecutore indipendentemente ed a prescindere dal tipo di intervento da praticare.

6. In base alle circostanze indicate, erroneamente, quindi, l'amministrazione provinciale di Caserta, nel redigere il bando di gara relativo ai lavori di cui al giudizio in esame, aveva chiesto ai partecipanti la qualificazione nella categoria OG1 ed erroneamente aveva aggiudicato la stessa all'impresa Verazzo che soltanto per tale categoria generale di lavorazioni era qualificata. Di modo che, resasi conto dell'errore commesso, a seguito della segnalazione della locale Sovrintendenza per i beni architettonici ed il paesaggio, alla stazione appaltante non restava altro da fare che annullare in autotutela, sia il bando di gara, sia i successivi atti ivi compresa l'avvenuta aggiudicazione dell'appalto; se non avesse provveduto in tal senso, l'amministrazione provinciale avrebbe, infatti, ulteriormente aggravato l'errore in precedenza commesso stipulando consapevolmente il contratto e consentendo l'esecuzione dei lavori ad un'impresa non adeguatamente qualificata.

7. Correttamente, quindi, il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto di non potere accogliere la domanda principale proposta dall'impresa ricorrente e relativa all'annullamento del disposto provvedimento adottato in autotutela; ravvisando, nel contempo, la configurazione di un'ipotesi di illecito, per violazione del principio della buona fede, implicante l'obbligo del risarcimento del danno. Contrariamente a quanto sostenuto dal Verazzo con il primo motivo del ricorso al Tribunale amministrativo regionale, non vi è stata, infatti, alcuna violazione da parte dell'amministrazione dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione: la stazione appaltante non ha recepito acriticamente il rilievo della Soprintendenza- cui, peraltro, non era consentito imporre l'annullamento della procedura concorsuale- essendosi limitata, più semplicemente, una volta avvedutasi dell'errore commesso, ad intervenire in autotutela al fine di evitare ulteriori pregiudizi nell'esecuzione dei lavori. La stessa amministrazione, inoltre, non potendo discrezionalmente ritenere adeguata la qualificazione in OG1 nemmeno adottando misure correttive in sede di esecuzione dei lavori, non poteva provvedere se non annullando la gara; di modo che del tutto inconferente era il richiamo della parte ricorrente alla asserita necessità del rispetto dei principi generali in tema di autotutela e di cui al motivo contrassegnato con la lettera c) del ricorso di primo grado e che presupponevano l'esercizio di un potere discrezionale nella specie inesistente. Allo stesso modo del tutto insussistente era l'asserita pretesa violazione del d.P.R. n. 34/2000 di cui alla lettera b) del primo ricorso proposto: come già rilevato in precedenza, per la tipologia di lavori oggetto della gara era necessario il possesso della categoria generale OG2 e non era sufficiente la OG1 come pretendeva il ricorrente. Né alcuna rilevanza aveva il fatto che l'impresa fosse stata iscritta all'ANC dal 1980 in epoca antecedente al D.M. 770 del 25 febbraio 1982 e fosse in possesso, all'epoca, della categoria 2 prevista per gli edifici civili e monumentali e che detta categoria, con il D.M. 15 maggio 1998, n. 304, era stata trasformata nella OG1: tale circostanza, infatti, se poteva, sulla base delle nuove corrispondenze di cui all'allegato al d.P.R. n. 34/2000, consentire all'impresa di

utilizzare le precedenti certificazioni per richiedere di essere qualificata nella nuova categoria indicata come OG2, non lo legittimava, in mancanza della qualificazione medesima, a partecipare agli appalti per i quali la nuova categoria era invece ritenuta necessaria.

8. Correttamente, infine, il Tribunale amministrativo regionale ha ravvisato- accogliendo parzialmente l'ultimo motivo del ricorso di primo grado- nel comportamento tenuto dall'amministrazione un'ipotesi di illecito implicante l'obbligazione al risarcimento dei danni: l'errore commesso nella redazione del bando di gara non era giustificabile, era stato lesivo dell'affidamento del ricorrente ed era stato per lo stesso foriero di spese e di danni che, per come provati, andavano risarciti. Altrettanto corretta, ad avviso del collegio, è stata la qualificazione della fattispecie come ipotesi di responsabilità precontrattuale implicante, ai sensi dell'art. 1337 del codice civile, l'obbligazione al risarcimento delle sole spese sostenute per la partecipazione alla gara e dell'eventuale ulteriore danno derivante, in diretta conseguenza di tale partecipazione, per effetto della mancata aggiudicazione di altri contratti (perdita di chance). Non è, infatti, condivisibile la tesi dell'appellante che, sulla base di una consolidata, anche se risalente giurisprudenza, ravvisando nell'aggiudicazione il momento del definitivo incontro delle volontà dei contraenti, riconduce il successivo recesso ad un'ipotesi di responsabilità per inadempimento contrattuale. Al riguardo, va innanzitutto, segnalato il ripensamento di una parte della giurisprudenza secondo cui, successivamente all'entrata in vigore della legge quadro sui lavori pubblici e relativo regolamento generale di attuazione, l'art. 16 del R.D. n. 2440/23, posto a fondamento dell'orientamento pregresso, dovrebbe considerarsi implicitamente abrogato per incompatibilità con la specifica nuova normativa riguardante la stipulazione dei contratti. In ogni caso, anche nella giurisprudenza pregressa, si è sempre ritenuto possibile che all'avvenuta aggiudicazione non facesse necessariamente sempre seguito l'esecuzione del contratto, dato che, anche nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, vige il principio dell'autotutela decisoria che consente all'amministrazione di riesaminare, annullare o rettificare atti invalidi, salvo, ovviamente, l'obbligo del risarcimento, ove ne ricorrano tutte le condizioni, per l'eventuale illecito commesso. Illecito il quale non può che essere qualificato di natura precontrattuale, dal momento che, anche a voler ritenere già raggiunto, con l'aggiudicazione, l'accordo tra le parti sul contenuto del contratto, il contratto medesimo non era ancora efficace e produttivo di effetti occorrendo la successiva sua stipulazione ed approvazione.

9. Inadeguata, tuttavia- ad avviso del collegio- è stata la quantificazione del danno, liquidato equitativamente al ricorrente dal Tribunale amministrativo regionale in complessivi euro 2.500,00. E' pur vero, infatti, che, in ipotesi di illecito extracontrattuale, l'onere della relativa dimostrazione è a carico del richiedente, ed è pur vero che, con riferimento al caso esaminato, non è pertinente (perché riguarda i casi di responsabilità contrattuale) la richiesta di una liquidazione forfetaria pari al 10% dell'importo del contratto. Resta, tuttavia, il fatto che- in mancanza di specifica indicazione circa le spese effettivamente sostenute e le perdite di chance effettivamente subite- il Tribunale amministrativo regionale ha provveduto a liquidare equitativamente il pregiudizio economico subito dal ricorrente e che tale liquidazione, come dedotto dall'appellante, appare obiettivamente inadeguata in considerazione dell'entità dell'appalto e della complessità della procedura; di modo che, sempre con valutazione equitativa, l'ammontare del risarcimento dovuto al Verazzo va elevato per la voce riguardante l'avvenuta partecipazione alla gara, dagli euro 500,00 liquidati dal Tribunale amministrativo regionale, ad euro 5.000, 00 che sembrano più adeguati rispetto all'importanza della gara ed alla complessità della relativa procedura. Di modo che, aggiungendo l'ulteriore importo di euro 2000,00 liquidati, allo stesso titolo dal Tribunale amministrativo regionale, complessivamente, l'amministrazione provinciale di Caserta va condannata al pagamento della somma di euro 7.000,00 oltre al rimborso delle spese processuali relative alla presente fase del giudizio che si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale accoglie l'appello nei sensi di cui in motivazione. Condanna, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, l'amministrazione provinciale di Caserta al pagamento in favore del ricorrente Verazzo Giuseppe della somma complessiva di euro 7.000,00, oltre al rimborso delle spese processuali relative al presente giudizio che liquida in complessivi euro 1.500,00. Ordina che la decisione venga eseguita in via amministrativa.

Così deciso in Roma il 18 ottobre 2005 in camera di consiglio dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, con l'intervento dei sigg:

Mario Egidio SCHINAIA Presidente

Sabino LUCE Consigliere Est.

Luigi MARUOTTI Consigliere

Carmine VOLPE Consigliere

Giuseppe ROMEO Consigliere

Presidente

MARIO EGIDIO SCHINAIA

Consigliere Segretario

SABINO LUCE ANNAMARIA RICCI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.16/01/2006

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 9510/2003

FF