

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28966-accolta-la-domanda-di-risarcimento-del-danno-per-equivalente-pari-al-5-dell-offerta-presentata-la-ricorrente-ha-provato-che-se-la-commissione-di-gara-avesse-escluso-i-concorrenti-privi-di-attesta>

Autore: Lazzini Sonia

Accolta la domanda di risarcimento del danno per equivalente pari al 5% dell'offerta presentata: la ricorrente ha provato che se la Commissione di gara avesse escluso i concorrenti privi di attestazione SOA per la categoria OS21 essa sarebbe risultata aggi

Tar Provincia di Bolzano, 29.01.2010 n. 24

Accolta la domanda di risarcimento del danno per equivalente pari al 5% dell'offerta presentata: la ricorrente ha provato che se la Commissione di gara avesse escluso i concorrenti privi di attestazione SOA per la categoria OS21 essa sarebbe risultata aggiudicataria

Ebbene, come dedotto dalla ricorrente la competente Commissione avrebbe dovuto verificare, ai fini dell'ammissione alla gara, il possesso, in capo alle imprese partecipanti, non solo (come avvenuto) dell'attestazione SOA per la categoria OG 6, bensì anche per la categoria OS 21.

Nel caso di specie è evidente che l'importo relativo alla categoria speciale (scorporata) OS 21 è superiore al 15% dell'importo totale dei lavori, sicché, in base al disposto del citato art. 37, comma 11, l'aggiudicataria 1. non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, siccome impossibilitata, in quanto sfornita della necessaria qualificazione, sia ad eseguire direttamente per l'intero ammontare le lavorazioni di cui alla predetta categoria OS 21, sia a realizzare in proprio almeno il 70% delle lavorazioni della categoria OS 21 (non potendo subappaltare le stesse in misura superiore al 30%).

Come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 29 del 29.1.2003, i bandi di gara e le lettere di invito vanno di regola impugnati assieme agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato._A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi, in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare.

L'obbligo di immediata impugnazione sorge soltanto nel caso in cui (diversamente dal caso di specie) il bando di gara o la lettera d'invito contengano clausole c.d. "escludenti", che impediscano, cioè, l'ammissione dell'interessato alla selezione._Ad un tanto consegue che, come affermato dalla giurisprudenza, la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione di un eventuale gravame (cfr. ex multis, Cons. di Stato, Sez. VI, 23.9.2009, n. 5668; 18.9.2009, n. 5626; 13.6.2008, n. 2959; Sez. IV, 27.3.2002, n. 1747; Sez. V, 27.6.2001, n. 3507).

Avverso la suddetta aggiudicazione insorge la ricorrente che, con il ricorso introduttivo notificato in data 26.5.2009, e con successivo ricorso per motivi aggiuntivi notificato il 29.7.2009, impugna i provvedimenti rispettivamente indicati in epigrafe, deducendo, a sostegno dei predetti ricorsi, il seguente complesso motivo di impugnazione:

"Violazione di legge. Mancata e/o erronea applicazione della lex specialis - Mancata e/o erronea applicazione dell'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm. - Violazione della normativa vigente in materia di qualificazione degli appaltatori di opera pubblica.

Eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità ed ingiustizia manifeste".

E richiede inoltre il risarcimento del danno in forma specifica, ovvero per equivalente (nelle rispettive componenti del danno emergente, della perdita di chance di poter far valere nelle future contrattazioni il requisito economico corrispondente alla mancata fatturazione dei lavori, dell'immobilizzazione di risorse umane e mezzi tecnici, e, infine, del lucro cessante) ovvero in via equitativa

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato.

L'art. 40, comma 2, del D.lgs. 11.9.2006, n. 163 prevede un sistema di "qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore ad Euro 150.000,00, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi".

Tale sistema è attuato da organismi di diritto privato di attestazione (SOA), autorizzati e controllati dall'Autorità per la Vigilanza, i quali rilasciano, alle imprese in possesso dei previsti requisiti, un'apposita attestazione - riferita sia a specifiche categorie di lavori, sia a classifiche di importo - che costituisce il presupposto necessario per poter partecipare alle gare di importo superiore ad Euro 150.000,00 e per poter conseguire, in caso di vittoria, l'aggiudicazione, non essendo altrimenti consentito all'amministrazione di stipulare un contratto con un soggetto privo di qualificazione.

Nel caso di specie, il bando di gara, nel prevedere due "gruppi di lavorazioni omogenee", fa espresso riferimento alla categoria (prevalente) OG 6 "Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione" (per l'importo di Euro 551.040,25) ed alla categoria (scorporata) OS 21 "opere strutturali speciali" (per l'importo di Euro 224.240,90).

Sia la OG 6, sia la OS 21 sono categorie a qualificazione obbligatoria, ed i relativi lavori devono essere eseguiti da imprese in possesso delle corrispondenti attestazioni SOA.

Un tanto premesso, va osservato che l'art. 2 del capitolato condizioni dispone che nel plico sigillato contenente la documentazione amministrativa "devono essere inseriti i seguenti documenti, pena l'esclusione dalla gara: 4. Attestazione di qualificazione SOA per le categorie e gli importi indicati nel bando di gara, in corso di validità alla data di pubblicazione del bando di gara. 5. Eventuale dichiarazione firmata dal legale rappresentante dell'impresa e, in caso di associazione temporanea di imprese, dal legale rappresentante di ogni impresa del raggruppamento, con l'indicazione dei lavori che si intendono subappaltare. Sono subappaltabili per l'intero loro importo i lavori appartenenti a categorie diverse da quelle prevalenti e per una quota pari al 30% dei lavori appartenenti alle categorie prevalenti. La mancanza della suddetta dichiarazione comporta la rinuncia dell'impresa a subappaltare qualsiasi opera".

Ebbene, come dedotto dalla ricorrente la competente Commissione avrebbe dovuto verificare, ai fini dell'ammissione alla gara, il possesso, in capo alle imprese partecipanti, non solo (come avvenuto) dell'attestazione SOA per la categoria OG 6, bensì anche per la categoria OS 21.

Va evidenziato che per le cd. categorie "speciali" (o "superspecializzate") il Codice dei Contratti pubblici detta una specifica disciplina.

L'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato ad opera del cd. Terzo correttivo (D.Lgs. n. 152/2008), dispone infatti che "qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il 15% dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo".

L'art. 118, comma 2, terzo periodo a sua volta dispone che "per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30%". In sostanza, in seguito alla nota del 30 gennaio 2008, con la quale la Commissione europea aveva rilevato, per quanto qui d'interesse, che l'art. 37, comma 11, del Codice si poneva in contrasto con le direttive comunitarie in materia di contratti pubblici "nella misura in cui vieta il subappalto ed impone una forma giuridica determinata", il legislatore statale è intervenuto con il D.lgs. 11.9.2008, n. 152, eliminando sia l'obbligo espresso di costituire un raggruppamento temporaneo d'imprese di tipo verticale, sia il divieto generale di subappalto per le categorie c.d. "speciali", che, alla stregua di quanto era già consentito in precedenza per la categoria prevalente, possono ora essere anch'esse subappaltate nel limite massimo del 30%.

Per quanto attiene alla domanda di risarcimento del danno, la ricorrente, dopo aver premesso che se la Commissione di gara avesse escluso i concorrenti privi di attestazione SOA per la categoria OS21 essa sarebbe risultata aggiudicataria dell'appalto con un ribasso offerto del 9,895% a fronte di una soglia di anomalia correttamente rideterminata pari al 20,207% (cfr. prospetto di calcolo della ricorrente sub doc.

40), chiede il risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente “nella misura che risulterà in corso di causa, sin d’ora facendo istanza di liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.”.

Un tanto non viene contestato dalla Eco Center S.p.A.

Successivamente la ricorrente, preso atto dell’intervenuta stipulazione del contratto d’appalto tra la Eco Center e la Controinteressata S.r.l., ha quantificato il danno per equivalente in Euro 63.392,00 (pari al 10,21% dell’importo economico offerto - cfr. pag. 10 della memoria dd. 25.11.2009), ovvero nella “diversa somma che risulterà in corso di causa, anche all’esito di liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.”.

Osserva a tal riguardo il Collegio che il principio giurisprudenziale del riconoscimento (con riferimento all’art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F) dell’utile economico derivante dall’esecuzione dell’appalto nella misura del 10% dell’offerta economica presentata dalla ricorrente vittoriosa in giudizio (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 27.9.2004, n. 6302) è applicabile solo nel caso in cui l’impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l’espletamento di altri servizi.

Nel caso in cui, come avvenuto nella specie, tale dimostrazione non sia stata invece fornita, è da ritenere che l’impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori (o di servizi o di forniture), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità.

In tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell’offerta dell’impresa (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796 e 24 ottobre 2002, n. 5860; vedi pure Cons. di Stato Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393, che esclude l’utilizzo dell’art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F ove non sia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l’interessato ha dovuto rinunciare).

Ed è pertanto in tal senso che, nel caso di specie, va accolta la domanda di risarcimento del danno.

In conclusione, vanno accolte le domande di annullamento proposte con il ricorso introduttivo e con il ricorso per motivi aggiunti limitatamente ai provvedimenti di cui ai nn. 1, 3 e 5 indicati in epigrafe.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 24 del 29 gennaio 2010 emessa dal Tar Provincia di Bolzano

**N. 00024/2010 REG.SEN.
N. 00166/2009 REG.RIC.**



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 Regionale di Giustizia Amministrativa

sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 166 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ricorrente Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita, Piero Costantini e Paola Marina La Guardia, con domicilio eletto presso lo studio della stessa in Bolzano, p.zza Mazzini, 49;

contro

Eco-Center Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Manfred Schullian, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Bolzano, viale Stazione, 5;

nei confronti di

Controinteressata Srl;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

con il ricorso principale:

- 1) del verbale n. 1 dd. 7.4.2009, prot. n. P000125466, con il quale la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione della gara a favore dell'Impresa Controinteressata S.r.l.- provvedimento impugnato;
- 2) del fax dd. 9.4.2009 con il quale la stazione appaltante ha trasmesso all'odierna ricorrente copia del verbale n. 1 dd. 7.4.2009, prot. n. P000125466 - provvedimento impugnato;
- 3) per quanto occorrer possa, del bando di gara dd. 9.3.2009 e del Capitolato condizioni - provvedimenti impugnati;
- 4) di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente nonché di eventuali atti ulteriori non noti, quali l'eventuale aggiudicazione definitiva dei lavori, l'eventuale atto di affido dei lavori

anteriormente alla stipulazione del contratto, nonché il contratto nel frattempo eventualmente stipulato – provvedimenti impugnati; e, con ricorso per motivi aggiunti:

5) della delibera del Consiglio di Amministrazione della Eco Center SpA dd. 29.4.2009 di aggiudicazione definitiva della gara - provvedimento impugnato;

6) per quanto occorrer possa, del contratto di appalto n. Ord. 99-0176 stipulato in data 14.5.2009 tra la Eco Center e la Controinteressata - provvedimento impugnato;

e, per il risarcimento del danno in forma specifica, ovvero per equivalente (nelle rispettive componenti del danno emergente, della perdita di chance di poter far valere nelle future contrattazioni il requisito economico corrispondente alla mancata fatturazione dei lavori, dell'immobilizzazione di risorse umane e mezzi tecnici, e, infine, del lucro cessante) ovvero in via equitativa.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Eco Center SpA;

Visto il verbale della camera di consiglio del 30.6.2009 ove la trattazione dell'istanza cautelare di sospensiva è stata rinviata all'udienza di merito;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23bis, comma 1, lett. b) della legge 6.12.1971, n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della legge n. 205/2000);

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2009 il consigliere Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori: avv. P. Costantini per la ricorrente; avv. M. Schullian per la Eco Center SpA;

FATTO

Con bando pubblicato in data 9.3.2009 la Eco Center S.p.A. indiceva una gara d'appalto, con importo a base d'asta di Euro 775.281,15 oltre ad Euro 23.700,00 di costi per la sicurezza, da espletarsi mediante procedura aperta ed in base al criterio del prezzo più basso con offerta a prezzi unitari, per l'affidamento dei lavori di esecuzione del "Collettore principale Prato Isarco - Rothwand (BZ), Lotto Galleria nord (portale sud) - Törggele".

Alla gara partecipavano 38 imprese, 5 delle quali venivano escluse dalla Commissione di gara in sede di verifica della documentazione amministrativa.

Dopo aver calcolato la soglia di anomalia sulla base degli importi delle offerte presentate dalle 33 imprese ammesse alla gara, il presidente della commissione di gara dichiarava aggiudicataria provvisoria dell'appalto la ditta Controinteressata S.r.l. di Merano per l'importo di Euro 637.713,00, comprensivo degli oneri per la sicurezza, pari ad un ribasso del 20,801%.

Il ribasso relativo all'importo offerto dalla ricorrente Ricorrente Srl (Euro 644.740,25 comprensivo degli oneri per la sicurezza) risultava del 19,895%.

All'aggiudicazione provvisoria seguiva, con delibera del Consiglio di Amministrazione della Eco Center S.p.A. dd. 14.5.2009, l'aggiudicazione definitiva alla Controinteressata S.r.l., la stipulazione del relativo contratto in data 14.5.2009 e la consegna dei lavori in data 28.5.2009.

Avverso la suddetta aggiudicazione insorge la Ricorrente Srl che, con il ricorso introduttivo notificato in data 26.5.2009, e con successivo ricorso per motivi aggiuntivi notificato il 29.7.2009, impugna i provvedimenti rispettivamente indicati in epigrafe, deducendo, a sostegno dei predetti ricorsi, il seguente complesso motivo di impugnazione:

"Violazione di legge. Mancata e/o erronea applicazione della lex specialis - Mancata e/o erronea applicazione dell'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006 e

ss.mm. - Violazione della normativa vigente in materia di qualificazione degli appaltatori di opera pubblica.

Eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità ed ingiustizia manifeste”.

La ricorrente chiede, inoltre, il risarcimento del danno in forma specifica, per equivalente ovvero in via equitativa.

Con memoria difensiva dd. 27.6.2009 si è costituita in giudizio la Eco Center S.p.A. che ha eccepito, in via pregiudiziale, l'inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso per quanto attiene all'impugnazione del bando di gara e del capitolato condizioni ed ha chiesto, comunque, il rigetto del ricorso nel merito, previa reiezione dell'istanza di sospensiva, siccome infondato.

Nella camera di consiglio del 30.6.2009, su richiesta delle parti, la trattazione dell'istanza cautelare di sospensiva è stata rinviata all'udienza di merito.

Alla pubblica udienza del 2.12.2009 il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti sono stati trattenuti in decisione.

Ai sensi dell'art. 23bis, comma 1, lett. b) della legge 6.12.1971, n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della legge n. 205/2000) in data 22.12.2009 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 27/09 mediante deposito in segreteria.

DIRITTO

Va anzitutto esaminata l'eccezione pregiudiziale, sollevata dalla Eco Center S.p.A., di inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso per quanto attiene all'impugnazione del bando di gara e del capitolato condizioni.

Eccepisce la Eco Center S.p.A. che la ricorrente Ricorrente Srl avrebbe dovuto impugnare il bando di gara ed il capitolato condizioni entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla data di pubblicazione degli stessi (9.3.2009), anziché, come avvenuto, unitamente all'aggiudicazione provvisoria (verbale della Commissione di gara n. 1 dd. 7.4.2009).

L'eccezione non è fondata.

Come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 29 del 29.1.2003, i bandi di gara e le lettere di invito vanno di regola impugnati assieme agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi, in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare.

L'obbligo di immediata impugnazione sorge soltanto nel caso in cui (diversamente dal caso di specie) il bando di gara o la lettera d'invito contengano clausole c.d. "escludenti", che impediscono, cioè, l'ammissione dell'interessato alla selezione.

Ad un tanto consegue che, come affermato dalla giurisprudenza, la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione di un eventuale gravame (cfr. ex multis, Cons. di Stato, Sez. VI, 23.9.2009, n. 5668; 18.9.2009, n. 5626; 13.6.2008, n. 2959; Sez. IV, 27.3.2002, n. 1747; Sez. V, 27.6.2001, n. 3507).

Rigettata, pertanto la suddetta eccezione, si può procedere all'esame di merito del ricorso.

Il ricorso è fondato.

L'art. 40, comma 2, del D.lgs. 11.9.2006, n. 163 prevede un sistema di "qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore ad Euro 150.000,00, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi".

Tale sistema è attuato da organismi di diritto privato di attestazione (SOA), autorizzati e controllati dall'Autorità per la Vigilanza, i quali rilasciano, alle imprese in possesso dei previsti requisiti, un'apposita attestazione - riferita sia a specifiche categorie di lavori, sia a classifiche di importo - che costituisce il presupposto necessario per poter partecipare alle gare di importo superiore ad Euro 150.000,00 e per poter conseguire, in caso di vittoria, l'aggiudicazione, non essendo altrimenti consentito all'amministrazione di stipulare un contratto con un soggetto privo di qualificazione.

Nel caso di specie, il bando di gara, nel prevedere due “gruppi di lavorazioni omogenee”, fa espresso riferimento alla categoria (prevalente) OG 6 “Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione” (per l'importo di Euro 551.040,25) ed alla categoria (scorporata) OS 21 “opere strutturali speciali” (per l'importo di Euro 224.240,90).

Sia la OG 6, sia la OS 21 sono categorie a qualificazione obbligatoria, ed i relativi lavori devono essere eseguiti da imprese in possesso delle corrispondenti attestazioni SOA.

Un tanto premesso, va osservato che l'art. 2 del capitolato condizioni dispone che nel plico sigillato contenente la documentazione amministrativa “devono essere inseriti i seguenti documenti, pena l'esclusione dalla gara: 4. Attestazione di qualificazione SOA per le categorie e gli importi indicati nel bando di gara, in corso di validità alla data di pubblicazione del bando di gara. 5. Eventuale dichiarazione firmata dal legale rappresentante dell'impresa e, in caso di associazione temporanea di imprese, dal legale rappresentante di ogni impresa del raggruppamento, con l'indicazione dei lavori che si intendono subappaltare. Sono subappaltabili per l'intero loro importo i lavori appartenenti a categorie diverse da quelle prevalenti e per una quota pari al 30% dei lavori appartenenti alle categorie

prevalent. La mancanza della suddetta dichiarazione comporta la rinuncia dell’impresa a subappaltare qualsiasi opera”.

Ebbene, come dedotto dalla ricorrente Ricorrente Srl, la competente Commissione avrebbe dovuto verificare, ai fini dell’ammissione alla gara, il possesso, in capo alle imprese partecipanti, non solo (come avvenuto) dell’attestazione SOA per la categoria OG 6, bensì anche per la categoria OS 21.

Va evidenziato che per le cd. categorie “speciali” (o “superspecializzate”) il Codice dei Contratti pubblici detta una specifica disciplina.

L’art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato ad opera del cd. Terzo correttivo (D.Lgs. n. 152/2008), dispone infatti che “qualora nell’oggetto dell’appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il 15% dell’importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall’articolo 118, comma 2, terzo periodo”.

L’art. 118, comma 2, terzo periodo a sua volta dispone che “per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30%”.

In sostanza, in seguito alla nota del 30 gennaio 2008, con la quale la Commissione europea aveva rilevato, per quanto qui d’interesse, che l’art. 37, comma 11, del Codice si poneva in contrasto con le direttive comunitarie in materia di contratti pubblici “nella misura in cui vieta il subappalto ed impone una forma giuridica determinata”, il legislatore statale è intervenuto con il D.lgs. 11.9.2008, n. 152, eliminando sia l’obbligo espresso di costituire un raggruppamento temporaneo

d'impresa di tipo verticale, sia il divieto generale di subappalto per le categorie c.d. "speciali", che, alla stregua di quanto era già consentito in precedenza per la categoria prevalente, possono ora essere anch'esse subappaltate nel limite massimo del 30%.

Nel caso di specie è evidente che l'importo relativo alla categoria speciale (scorporata) OS 21 è superiore al 15% dell'importo totale dei lavori, sicché, in base al disposto del citato art. 37, comma 11, l'aggiudicataria Controinteressata S.r.l. non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, siccome impossibilitata, in quanto sfornita della necessaria qualificazione, sia ad eseguire direttamente per l'intero ammontare le lavorazioni di cui alla predetta categoria OS 21, sia a realizzare in proprio almeno il 70% delle lavorazioni della categoria OS 21 (non potendo subappaltare le stesse in misura superiore al 30%).

Per gli stessi motivi è illegittima la citata previsione di cui all'art. 2, punto 5., secondo periodo, del capitolato condizioni nella parte in cui prevede che "sono subappaltabili per l'intero loro importo i lavori appartenenti a categorie diverse da quelle prevalenti".

Sussiste, pertanto, il comportamento colposo della Eco Center S.p.A. che, oltre ad aver inserito nel capitolato condizioni una previsione (art. 2, punto 5. secondo periodo) in contrasto con l'art. 37, comma 11, del D.lgs. n. 163/2006, ha ingiustificatamente violato la previsione di cui all'art. 2 punto 4., del capitolato stesso, adottando un illegittimo provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Controinteressata S.r.l.

Per quanto attiene alla domanda di risarcimento del danno, la ricorrente, dopo aver premesso che se la Commissione di gara avesse escluso i concorrenti privi di attestazione SOA per la categoria OS21 essa sarebbe risultata aggiudicataria dell'appalto con un ribasso offerto del 9,895% a fronte di una soglia di anomalia correttamente rideterminata pari al 20,207% (cfr. prospetto di calcolo della

ricorrente sub doc. 40), chiede il risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente “nella misura che risulterà in corso di causa, sin d’ora facendo istanza di liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.”.

Un tanto non viene contestato dalla Eco Center S.p.A.

Successivamente la ricorrente, preso atto dell’intervenuta stipulazione del contratto d’appalto tra la Eco Center e la Controinteressata S.r.l., ha quantificato il danno per equivalente in Euro 63.392,00 (pari al 10,21% dell’importo economico offerto - cfr. pag. 10 della memoria dd. 25.11.2009), ovvero nella “diversa somma che risulterà in corso di causa, anche all’esito di liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.”.

Osserva a tal riguardo il Collegio che il principio giurisprudenziale del riconoscimento (con riferimento all’art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F) dell’utile economico derivante dall’esecuzione dell’appalto nella misura del 10% dell’offerta economica presentata dalla ricorrente vittoriosa in giudizio (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 27.9.2004, n. 6302) è applicabile solo nel caso in cui l’impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l’espletamento di altri servizi.

Nel caso in cui, come avvenuto nella specie, tale dimostrazione non sia stata invece fornita, è da ritenere che l’impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori (o di servizi o di forniture), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità.

In tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell’offerta dell’impresa (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796 e 24 ottobre 2002, n. 5860; vedi pure Cons. di Stato Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393, che esclude l’utilizzo dell’art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F ove non sia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l’interessato ha dovuto rinunciare).

Ed è pertanto in tal senso che, nel caso di specie, va accolta la domanda di risarcimento del danno.

In conclusione, vanno accolte le domande di annullamento proposte con il ricorso introduttivo e con il ricorso per motivi aggiunti limitatamente ai provvedimenti di cui ai nn. 1, 3 e 5 indicati in epigrafe.

Va dichiarata inammissibile, per difetto di giurisdizione, la domanda di annullamento del contratto di appalto stipulato in data 14.5.2009 tra la Eco Center S.p.A. e la Controinteressata S.r.l.

Va accolta la domanda di risarcimento danni; danni che si liquidano in via equitativa nell'importo complessivo di Euro 31.052,00 (5% di Euro 621.040,25 – cfr. doc. n. 42 della ricorrente), compresi interessi e rivalutazione monetaria.

La Eco Center S.p.A. va condannata alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente; spese che si liquidano in Euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre IVA e CAP come per legge e contributo unificato.

Vanno compensate le spese di lite con la controinteressata Controinteressata S.r.l., non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione Autonoma di Bolzano, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, ACCOGLIE il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti come da motivazione e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti nn. 1, 3 e 5.

Dichiara inammissibile la domanda volta ad ottenere l'annullamento del contratto di appalto stipulato in data 14.5.2009 tra la Eco Center S.p.A. e la Controinteressata S.r.l.

Accoglie la richiesta di risarcimento danni che vengono liquidati come da motivazione.

Condanna la Eco Center S.p.A. alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente; spese che si liquidano in Euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre IVA e CAP come per legge e contributo unificato.

Compensa le spese con la controinteressata Controinteressata S.r.l., non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Margit Falk Ebner, Presidente

Marina Rossi Dordi, Consigliere

Hans Zelger, Consigliere

Terenzio Del Gaudio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2010

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

IL SEGRETARIO