

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29519-come-oramai-noto-a-tutti-il-27-aprile-2010-entrer-in-vigore-il-decreto-legislativo-n-53-2010-che-ha-recepito-la-2007-66-ce-cd-direttiva-ricorsi-i-bandi-pubblicati-dopo-tale-data-avranno-come-prim>

Autore: Lazzini Sonia

Come oramai noto a tutti, il 27 aprile 2010 entrerà in vigore il decreto legislativo n. 53/2010 che ha recepito la 2007/66/CE (cd direttiva ricorsi); i bandi pubblicati dopo tale data avranno, come primo effetto, la sicurezza che i relativi contratti sar

Come oramai noto a tutti, il 27 aprile 2010 entrerà in vigore il decreto legislativo n. 53/2010 che ha recepito la 2007/66/CE (cd direttiva ricorsi); i bandi pubblicati dopo tale data avranno, come primo effetto, la sicurezza che i relativi contratti saranno eseguiti senza il dubbio di eventuali ricorsi pendenti.

Questa sentenza non s'ha più da leggere

E' oramai orientamento giurisprudenziale consolidato che i nostri giudici amministrativi possano già decidere sulle sorti del contratto stipulato a seguito di una illegittima aggiudicazione

Va invece dichiarata l'inammissibilità per difetto di giurisdizione dell'atto di motivi aggiunti nella parte in cui si chiede l'annullamento del contratto di appalto, sia per illegittimità derivata dall'illegittimità inficiante l'aggiudicazione e sia per la pretesa carenza delle condizioni legittimanti la stipula. Invero, l'annullamento dell'aggiudicazione non si estende anche al contratto di appalto stipulato comportandone l'automatica caducazione.

Appartiene infatti alla giurisdizione del giudice ordinario e non già a quella esclusiva del giudice amministrativo, la decisione in ordine all'accertamento - con efficacia di giudicato - della caducazione del contratto di appalto a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara (cfr. T.A.R Lazio Roma, sez. I, 08 luglio 2009, n. 6681).

Ma non solo, poiché la giurisdizione del G.O. tocca pure tutte le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonché quelle rivolte in generale ad accertarne le condizioni di validità e di efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia ovvero l'annullamento, posto che esse hanno ad oggetto il rapporto privatistico discendente dal negozio (Consiglio Stato, sez. III, 05 maggio 2009, n. 450).

La domanda risarcitoria per equivalente va respinta in quanto dalla discussione fra le parti è emerso che, nonostante l'intervenuta stipula del contratto di appalto, i lavori non hanno avuto inizio.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito il Tar Basilicata, Potenza con la sentenza numero 202 del 16 aprile 2010

N. 00202/2010 REG.SEN.

N. 00415/2009 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 Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 415 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Ricorrente. Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Marco A. Rondinelli, con domicilio eletto presso Enzo Russo Avv. in Potenza, via E. Toti, n.7;

contro

Provincia di Matera in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

nei confronti di

Controinteressata S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio Lorusso, con domicilio eletto presso Alessandro Singetta Avv. in Potenza, via Plebiscito, n.7;

RICORRENTE INCIDENTALI

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione dirigenziale n. 1864 del 24/6/2009, recante approvazione degli atti di gara relativi all'appalto dei lavori "S.P. ex S.S. 380 dei Tre Confini - lavori di costruzione dello svincolo a livelli sfalsati con la S.P. Pomarico- Piani Bradano" e aggiudicazione definitiva, nonché per il risarcimento del danno ingiusto derivante alla ricorrente dai provvedimenti illegittimi oggetto di impugnazione.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata Srl ed il ricorso incidentale proposto dalla stessa;

Vista l'ordinanza collegiale n.369 del 23/10/09 con cui è stata fissata l'udienza di discussione del presente gravame;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2010 il dott. Giancarlo Pennetti e uditi per le parti i difensori presenti avvocati: Angelo Bianco, su delega di Marco A. Rondinelli, per la parte ricorrente; Michele Paparella, su delega di Eugenio Lorusso, per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente e la controinteressata, assieme ad altre imprese, hanno partecipato alla procedura aperta con cui sono stati banditi i lavori di costruzione dello svincolo a livelli sfalsati della S.P. ex S.S. 380 "dei tre confini" con la S.P. Pomarico- Piani Bradano, avente importo dei lavori di euro 1.100.000,00 di cui 1.062.500,00 a base d'asta ed euro 37.500,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

Il sistema prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del codice dei contratti da determinarsi sulla base dell'offerta tecnica e di quella economica. La controinteressata si collocava prima in graduatoria col punteggio complessivo di 41,20 (p. 21,20 per l'offerta tecnica + 20,00 per quella economica); la ricorrente si posizionava al secondo posto con complessivi punti 39,52 (p. 36,00 per l'offerta tecnica e 3,524 per quella economica). Veniva esperita, con esito positivo, la procedura di verifica a carico dell'offerta economica dell'impresa aggiudicataria perché sospettata di anomalia.

Col presente gravame si deduce quanto segue:

1.-violazione di legge- violazione ed erronea applicazione dell'art. 83 del d. l.vo 136/06- violazione ed erronea applicazione della lex specialis- violazione ed erronea applicazione dei principi in tema di evidenza pubblica- violazione ed erronea applicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa- violazione ed erronea applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 e dell'art. 24 Costituzione e dei principi in tema di sindacato giurisdizionale- eccesso di potere per errata presupposizione, difetto di istruttoria, carenza e/o insufficiente motivazione, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà. Illegittimità derivata.

Non sarebbero stati predeterminati i criteri motivazionali di cui all'art. 83 comma 4 del codice dei contratti e resi necessari dal tenore della lex specialis e dall'indeterminatezza e genericità dei sub criteri individuati dalla stazione appaltante tali da determinare, per questa parte, l'illegittimità della lex specialis stessa. Inoltre la Commissione si sarebbe limitata ad attribuire a ciascun elemento dell'offerta tecnica un punteggio numerico senza motivare le ragioni poste a base dello stesso. Non potrebbe considerarsi motivazione quanto riportato nel verbale del 17/1/09, avente carattere solo descrittivo. Ed ancora, si osserva che l'intento della stazione appaltante, fissato nel bando, di mantenere, come ripartizione del 100 punti disponibili, un rapporto di 4 ad 1 tra l'offerta tecnica (p. 80) e quella economica (p.20) non sarebbe stato rispettato dalla commissione che avrebbe arbitrariamente alterato detto rapporto portandolo a circa 2 a 1;

2.-violazione di legge, difetto di istruttoria, eccesso di potere, illogicità manifesta, carenza e/o insufficiente motivazione, irragionevolezza, contraddittorietà, illegittimità derivata.

Sarebbe illegittimo l'esame e l'attribuzione di punteggio in relazione all'offerta economica della controinteressata. Premesso infatti che l'offerta di quest'ultima è stata sottoposta a verifica di anomalia, si rileva che dalla relativa documentazione

versata dalla stessa in sede procedimentale si evince che l'ammontare degli importi delle lavorazioni da subappaltare supera di molto l'aliquota del 30% massima subappaltabile e stabilita dall'art. 118 comma 2 del d. l.vo n. 163/06. La commissione nulla avrebbe eccepito al riguardo lasciando priva di giustificazione la menzionata deroga alla regola di legge che, invece, avrebbe giustificato l'esclusione dalla gara e l'aggiudicazione alla ricorrente.

Inoltre sempre dall'esame delle giustificazioni dei prezzi della Controinteressata inseriti nella busta n.3 (offerta economica) si ricaverebbe che l'aggiudicataria avrebbe utilizzato costi degli operai rivenienti dalla tabella n.3/08 bis della Confindustria Basilicata dove, invece di assumere il valore dei costi dalla voce "Costo noto Tot. 9+19" avrebbe erroneamente considerato il valore di costo ridotto della voce "Totale 9", che risulta inferiore e sottostimata di circa il 3,90%. La stessa, inoltre, in violazione di quanto previsto dal CCNL, avrebbe considerato nell'esecuzione di alcune lavorazioni l'impiego di operai qualificati, non abilitati alla conduzione di mezzi, al posto di operai specializzati. Vi sarebbe stata pertanto una sottostima di tutti i prezzi offerti per costo della manodopera determinando anche una sottostima dell'offerta economica della controinteressata e rivelando così la non veridicità della quantificazione dell'utile d'impresa nella misura dell'8%. La anomalie non sarebbero state rilevate dalla commissione con conseguente difetto di istruttoria e gli altri vizi in rubrica;

3.-Illegittimità derivata.

Si rileva che l'illegittimità degli atti impugnati si riverbera su tutti gli altri conseguenti e successivi anche se non conosciuti;

4.-Nullità, inefficacia, caducazione automatica del contratto eventualmente stipulato.

Ove la stazione appaltante abbia proceduto alla stipulazione del contratto, se ne eccepisce la nullità, inefficacia e/o caducazione automatica quale conseguenza dell'illegittimità degli atti e verbali del procedimento;

5.-Risarcimento.

Si formula domanda risarcitoria per tutti i danni subiti e subendi sia con riferimento a spese e costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e partecipazione alla gara e sia con riferimento al mancato utile.

L'amministrazione intimata non si è costituita.

Si è costituito il controinteressato che resiste, chiede il rigetto del gravame e propone ricorso incidentale, notificato il 28/10/09 e depositato il 30/10/09, con il quale deduce i seguenti motivi:

1.-violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del codice dei contratti, art. 38-violazione dei principi generali in materia di appalti pubblici- eccesso di potere per carenza istruttoria, travisamento ed erronea presupposizione in fatto e in diritto-ingiustizia manifesta.

Si sostiene che la ricorrente principale non ha prodotto la dichiarazione attestante la non ricorrenza della condizione di cui all'art. 38 comma 1 del d. lgs. n. 163/06, lettera m-bis (esclusione in conseguenza di sospensione o revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione e dichiarazioni mendaci risultanti dal casellario informatico) e che pertanto avrebbe dovuto essere esclusa a prescindere dal fatto che il disciplinare di gara non avesse richiamato detta clausola. Si aggiunge che comunque il bando sarebbe stato eterointegrato dalla legge che tale causa d'esclusione prevede;

2.violazione ed erronea applicazione di legge, con riferimento all'art. 38, comma 1 lett. m-bis, del d. lgs. n. 163/06, come successivamente modificato- violazione dei principi generali in materia di appalti pubblici.

Si ribadisce che le cause d'esclusione individuate dal Legislatore (fra cui quella citata in rubrica) che afferiscono a qualità soggettive degli operatori economici diverse dai requisiti economico-finanziari o tecnici non consentono alcuna valutazione discrezionale e operano in modo obbligatorio e inderogabile senza possibilità di disapplicazione da parte della stazione appaltante. Qualsiasi disciplina di gara che dovesse al contrario ritenere non necessaria a pena d'esclusione la citata attestazione dovrebbe essere annullata perché illegittima.

Successivamente, con atto notificato il 10/12/09 e depositato il 28/12/09, il ricorrente ha proposto i seguenti motivi aggiunti di impugnativa del contratto d'appalto in data 30/6/09, stipulato con la controinteressata:

1.-violazione di legge- violazione ed erronea applicazione dell'art. 11 comma 10 del d. l.vo n. 136/06- violazione dell'art. 2 del d. l. n. 21/02 convertito nella legge 266/02 (validità DURC)- violazione dell'art. 129 co. 1, codice dei contratti; dell'art. 103 comma 1 d.p.r. n. 554/99, dell'art. 30 co. 1, l. n. 109/94; del punto 16 (cauzione e garanzia) lett. b) del bando di gara, dell'art. 19 (garanzie) del capitolato speciale (mancanza polizza assicurativa)- violazione dell'art. 131, comma 2, del d. l.vo n. 163/06 (mancanza piano di sicurezza)- eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza e/o insufficiente motivazione, illogicità, irragionevolezza..

Si sostiene che il contratto sia stato stipulato prima del decorso di 30 giorni dalla comunicazione ai controinteressati senza che vi fosse urgenza per farlo e quindi solo per vanificare decisioni cautelari del TAR

Inoltre, all'atto della stipula sarebbe stato utilizzato un DURC ormai privo di validità, quello versato in sede di gara. La stipula sarebbe stata fatta inoltre in assenza della polizza assicurativa prevista dal punto 16 lett. b) del bando di gara e obbligatoria in base alla legge. Del pari, mancherebbe il piano della sicurezza che l'art. 131 co. 2 del codice dei contratti impone a pena di nullità del contratto;

2.-Istanza di risarcimento danni.

In caso in cui il ristoro non possa avvenire in forma specifica, si chiede il risarcimento per equivalente comprendente sia il danno emergente e sia il lucro cessante.

Con ordinanza collegiale n.369 del 23/10/09 è stata fissata l'udienza di discussione del presente gravame.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2010 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

E' pregiudiziale l'esame del ricorso incidentale proposto atteso che quest'ultimo è rivolto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso la formulazione di censure afferenti la legittimità dell'ammissione di questi alla gara (cfr. Cons St., VI, 29/5/08 n. 2546).

Le due censure proposte sono infondate.

Deve premettersi che il disciplinare richiedeva all'aspirante alla partecipazione alla gara di attestare l'insussistenza della cause di esclusione dalle gare di appalto di cui all'art. 30 comma indicando tutte le ipotesi comprese fra la lettera a) e la lettera m) omettendo però di inserire la lettera m-bis), inserita solo con una successiva modifica all'originaria versione dell'art. 36 (decreto legislativo 31/7/07 n. 113).

Ora, a fronte della sopraesposta richiesta della lex specialis, omissiva della lettera m-bis, l'impresa ricorrente, nella domanda di partecipazione, ha comunque dichiarato di non trovarsi "in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38", con una formula più ampia, che va oltre l'elenco di situazioni di esclusione scandito nel disciplinare e comunque ripetuto nell'istanza.

Tale modalità espositiva scelta dal ricorrente è sufficiente a far ritenere la completezza e conformità a legge della domanda senza comunque dire che la norma del codice dei contratti, per come formulata, non può ritenersi assistita da un'autonoma forza eterointegratrice del disciplinare atteso che la norma si limita a

prevedere una serie di condizioni soggettive comportanti esclusione dalle procedure di affidamento di appalti e concessioni che, per loro natura, devono essere “trasformate” dalla stazione appaltante in dichiarazioni di assenza di tali condizioni alla cui enunciazioni i partecipanti vengono onerati).

Occorre adesso esaminare il secondo motivo di gravame che, recando censure prospettanti l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, implica, in caso di accoglimento, l'esclusione dell'offerta della controinteressata.

Il motivo è infondato con riferimento al profilo inerente il superamento, da parte dell'offerta della controinteressata, dell'aliquota massima subappaltabile di lavori del 30% fissata dall'art. 118 comma 2 del d. l.vo n. 163/06 che, secondo l'istante, avrebbe dovuto comportare l'esclusione. In particolare, in base alla perizia attorea, tale sforamento scaturirebbe dagli importi afferenti i lavori di pavimentazione stradale, le barriere di sicurezza, la segnaletica stradale e l'illuminazione delle torri faro.

Sul punto, sono persuasive, in diritto, le considerazioni spese dalla difesa della controinteressata che fa rilevare come, per generale insegnamento giurisprudenziale (cfr. Cons. St., VI . 22/9/08 n.4572; T.A.R. Lazio, Roma, II, 2/10/08 n.8740) le irregolarità, i vizi attinenti la dichiarazione di subappalto resa in sede di gara implicano, al più, l'impossibilità di procedere al subappalto, cioè l'inefficacia della dichiarazione medesima ma non già l'esclusione dalla procedura come invece richiesto dal ricorrente.

E' invece fondato, ad avviso del Collegio, l'altro profilo di contestazione relativo alla valutazione effettuata dall'Amministrazione in sede di verifica dell'anomalia (pagg. 15 e ss. del ricorso).

Dall'esame delle giustificazioni dei prezzi presentati dalla ditta controinteressata in sede di gara e tenute presenti ai fini della verifica di anomalia si evince che, ai fini della quantificazione dei costi degli operai, ci si è basati sulla tabella n.3/08 bis

della Confindustria Basilicata (costo mano d'opera edile in vigore nella provincia di Matera dall'1/6/08) dove, nella sommatoria degli elementi di costo, invece di assumere, come valore finale dei costi, quello riportato alla voce "Costo noto (Tot. 9+19)", che include cioè fra i costi anche quello dell'IRAP al 3,90%, ha invece considerato il valore di costo ridotto della voce "Totale 9", che risulta inferiore e sottostimato, dunque, di circa il 3,90%. La Commissione, ha considerato i prezzi unitari esenti dal costo dell'IRAP ma, ad avviso del Collegio, illegittimamente, dato che, in base al decreto legislativo n.446/97, la base imponibile dell'IRAP include dentro di sé il costo del lavoro; nel costo lordo doveva quindi essere inserita la quota unitaria di IRAP per ciascun lavoratore.

Oltre a tale circostanza la Commissione, in sede di verifica delle giustificazioni rese, ha trascurato un'ulteriore dato, pure evidenziato dalla perizia depositata in allegato al ricorso.

Infatti, premesso che in base all'art. 77 del C.C.N.L. dei lavoratori edili, nella classificazione dei lavoratori rientrano, fra gli operai specializzati, tra l'altro, quelli che conducono mezzi d'opera, risulta dalle giustificazioni dei prezzi unitari presentate dall'aggiudicataria che sono stati considerati solo i costi degli operai qualificati, non abilitati alla conduzione dei mezzi meccanici, ma non anche di quelli specializzati.

Di qui l'adeguamento dei costi della mano d'opera effettuato nella citata perizia eliminando dal tempo lavorativo dell'operaio qualificato quello di operatività dei mezzi trattandosi di mansione demandata all'operaio specializzato e rettificando le situazioni (comprese nelle giustificazioni presentate in sede di offerta) nelle quali il tempo di lavoro dell'operaio qualificato è inferiore a quello di operatività dei mezzi d'opera.

Sulla base della documentazione resa in allegato al ricorso (elaborato A.5-giustificativi dell'offerta dell'Controinteressata) l'istante, in relazione ai tempi di

operatività dei mezzi, ha quindi ricalcolato, per ciascuna categoria di opere, il costo della mano d'opera nel senso di considerare i soli operai specializzati nella conduzione della macchine operatrici e inoltre considerando pure il menzionato onere aggiuntivo dell'IRAP del 3,90% (vedi allegato n.4 alla perizia).

Con tale adeguamento di costi i prezzi delle singole lavorazioni aumentano, facendo passare il prezzo finale offerto da euro 881.855,83 a euro 955.202,44 con una differenza pari a euro 73.346,61, maggiore dell'utile stimato dall'impresa pari all'8% di euro 881.855,83 e cioè euro 70.548,47 con una differenza negativa di euro 2.798,14.

Non è fondata l'eccezione di difetto di interesse mossa su tale censura dal controinteressato sul presupposto che, anche ove il prezzo risultante da una corretta stima della manodopera fosse stato quello di euro 955.202,44, nulla sarebbe cambiato nella graduatoria dato che la propria offerta sarebbe rimasta quella a maggior ribasso. Infatti, nella fattispecie, si verte in sede di valutazione della congruità delle offerte ai sensi dell'art. 86, 87 ed 88 del codice dei contratti che, in caso di esito sfavorevole per l'offerta verificata, ne implica l'esclusione.

Di conseguenza il presente motivo va accolto e determina l'annullamento della determina impugnata (cui consegue la riattribuzione in capo alla ricorrente della possibilità di aggiudicarsi l'appalto "de quo"), con assorbimento degli altri motivi di gravame.

Va invece dichiarata l'inammissibilità per difetto di giurisdizione dell'atto di motivi aggiunti nella parte in cui si chiede l'annullamento del contratto di appalto, sia per illegittimità derivata dall'illegittimità inficiante l'aggiudicazione e sia per la pretesa carenza delle condizioni legittimanti la stipula. Invero, l'annullamento dell'aggiudicazione non si estende anche al contratto di appalto stipulato comportandone l'automatica caducazione. Appartiene infatti alla giurisdizione del giudice ordinario e non già a quella esclusiva del giudice amministrativo, la

decisione in ordine all'accertamento - con efficacia di giudicato - della caducazione del contratto di appalto a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara (cfr. T.A.R Lazio Roma, sez. I, 08 luglio 2009, n. 6681). Ma non solo, poiché la giurisdizione del G.O. tocca pure tutte le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonché quelle rivolte in generale ad accertarne le condizioni di validità e di efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia ovvero l'annullamento, posto che esse hanno ad oggetto il rapporto privatistico discendente dal negozio (Consiglio Stato, sez. III, 05 maggio 2009 , n. 450).

La domanda risarcitoria per equivalente va respinta in quanto dalla discussione fra le parti è emerso che, nonostante l'intervenuta stipula del contratto di appalto, i lavori non hanno avuto inizio.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate in euro 1.500 da porre solidalmente a carico della parti intimite.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

- rigetta il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso in epigrafe nella sua parte impugnatoria e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione definitiva;
- respinge la domanda risarcitoria per equivalente;
- dichiara inammissibile l'atto di motivi aggiunti;
- spese a carico liquidate come in motivazione.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Camozzi, Presidente

Giancarlo Pennetti, Consigliere, Estensore

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2010

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

IL SEGRETARIO