



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 Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.8299 del 2009 proposto da SGM srl, RPA srl, SONDEDILE srl, SWS Engineering spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Giuseppe Giuffrè e Stefano Angeloni presso il cui studio in Roma, Via degli Scipioni n.268, sono elettivamente domiciliate;

contro

ANAS spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, è domiciliataria;

nei confronti di

GEOTEC spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Demetrio Rivellino e Mauro Tedino ed elettivamente domiciliata presso lo

studio dell'avv. Laura Cefalo in Roma, Via G. Nicotera n.20;

per ottenere:

A) l'ANNULLAMENTO:

a) del provvedimento datato 3.8.2009 con cui l'ANAS ha aggiudicato alla società controinteressata l'appalto avente ad oggetto i servizi per l'espletamento delle attività finalizzate alle verifiche tecniche dei livelli di sicurezza sismica - Area 2 Centro;

b) del bando di gara e della lettera di invito nella parte in cui prevedono l'attribuzione di un punteggio per la riduzione dei tempi senza prevedere una riduzione massima, se intesi nel senso che la riduzione possa essere valorizzata in via automatica senza alcuna concreta valutazione della congruità e ragionevolezza del ribasso temporale;

c) di tutti gli atti presupposti connessi e/o consequenziali.

B) la CONDANNA dell'intimata ANAS spa al risarcimento dei danni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Soc Geotec Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2011 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le società ricorrenti hanno partecipato come costituenda ati alla gara indetta dall'intimata Anas spa per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto i servizi per l'espletamento delle attività finalizzate alle verifiche tecniche sui livelli di sicurezza sismica Area 2 centro, classificandosi al secondo posto della relativa graduatoria finale dietro la Geotec spa, cui è stato aggiudicato l'appalto in questione.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

- a) l'appalto de quo doveva essere aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendosi a tal fine l'attribuzione di un punteggio massimo di 60 punti per l'offerta tecnica e di punti 40 per l'offerta economica;
- b) la società aggiudicataria ha ottenuto il punteggio complessivo di 76.474 di cui 36,474 per l'offerta tecnica mentre alla costituenda ati è stato riconosciuto il punteggio di 75,518 di cui punti 36,474 per l'offerta tecnica.

Con il proposto gravame la citata ati:

A) ha impugnato l'aggiudicazione intervenuta a favore della Geotec spa nonchè in parte qua il bando di gara deducendo i seguenti motivi di doglianza:

- 1) Eccesso di potere per difetto di motivazione, nonchè per irragionevolezza e irrazionalità della lex di gara ove intesa nel senso

di consentire qualsiasi ribasso temporale senza valutarne la congruità;

2) Eccesso di potere per incongruità della riduzione temporale e conseguente irrazionalità della graduatoria di gara;

3) Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore nei presupposti;

4) Eccesso di potere per errore nei presupposti. Violazione della *lex specialis*;

B) ha chiesto la condanna dell'intimata Anas al risarcimento del danno da individuare nei mancati utili di impresa e nel danno curriculare.

Sempre con il gravame in trattazione è stata altresì impugnata la determinazione del 22.9.2009 con cui la stazione appaltante, nel riscontrare l'istanza presentata dalla costituenda ati, ha negato l'accesso alle informazioni contenute nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria ed alle relative giustificazioni, ed è stato prospettato a tal fine il seguente motivo di doglianza:

5) Violazione dell'art.3, commi 5 e 6 del D.lgvo n.163/2006. Violazione degli artt. 22 e 24 della L. n.241/1990. Eccesso di potere per sviamento.

Successivamente, a seguito del deposito in giudizio da parte dell'Anas di documentazione relativa alla controversia in trattazione tra le quale figurava l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria, l'ati ricorrente ha proposto i seguenti motivi aggiunti di doglianza:

6) Violazione del punto D.2. della lettera di invito;

7) Eccesso di potere per errore nei presupposti e travisamento dei fatti. Difetto di motivazione. Illogicità e contraddittorietà.

Si sono costituite sia la stazione appaltante che la società aggiudicataria odierna controinteressata, contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse.

Alla pubblica udienza del 15 luglio 2011 il ricorso è stato assunto in decisione.

E' palesemente fondato il quarto motivo di doglianza con cui è stato fatto presente che:

a) il punto C) lett.i) della lettera di invito ha previsto che i concorrenti producessero una dichiarazione " con la quale il concorrente indica le prestazioni che eventualmente intende subappaltare in base alle modalità di cui all'art.49, comma 10, e all'art.118, comma 2, del d.lgvo n.163/2006, tenendo conto che l'ammontare del subappalto non potrà superare il 30% dell'importo offerto";

b) la controinteressata nella dichiarazione a tal fine prodotta si era limitata ad affermare " di voler subappaltare tutte le lavorazioni nei limiti di legge, così come previsto dall'art.49, comma 10 e art.118, comma 2, del D.lgvo n.163/2006", con la conseguenza che non essendo state specificate ex ante le lavorazioni che sarebbero state subappaltate, la citata dichiarazione doveva essere considerata inefficace;

c) stante la genericità della suddetta dichiarazione e la conseguente inefficacia della stessa, l'aggiudicataria era, pertanto, tenuta ad eseguire in proprio tutte le prestazioni oggetto dell'appalto in questione;

d) tra le suddette prestazioni rientravano le prove sui materiali che in base all'art.3 delle norme tecniche del capitolato speciale di gara dovevano essere effettuate e certificate da laboratori ufficiali o in possesso dell'autorizzazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ai sensi dell'art.59 del DPR n.380/2001;

e) poichè l'aggiudicataria non era in possesso della predetta autorizzazione la stessa non poteva svolgere le prestazioni di quibus, e, pertanto, stante l'inefficacia della dichiarazione di subappalto, l'offerta della Geotec non poteva mai risultare aggiudicataria.

La fondatezza della doglianza in questione è stata contestata da entrambe le parti resistenti; in merito è stato fatto presente che:

I) l'attività di laboratorio non rientra tra quelle prestazioni che possono costituire oggetto di subappalto giusta quanto previsto dall'art.118, comma 11, del D.lgvo n.163/2006, ma comporta unicamente l'onere per l'aggiudicatario di far certificare le prove sui materiali da un laboratorio autorizzato ai sensi del DPR n.380/2001;

II) il richiamo fatto nella dichiarazione della Geotec alle disposizioni del subappalto non può ritenersi generica, atteso che le categorie di lavorazioni per le quali il subappalto è possibile sono state già predeterminate dall'amministrazione.

Al riguardo, in ordine alla prima argomentazione formulata dall'Anas deve essere evidenziato che la stazione appaltante muove da un palese errore in sede di individuazione del disposto della richiamata prescrizione del capitolato speciale, atteso che quest'ultima non si limita a stabilire che solamente le prove dovevano essere certificate da un laboratorio autorizzato, ma prevede altresì che anche le suddette prove dovevano essere effettuate da un laboratorio autorizzato, per cui ne discende che la suddetta complessa attività da considerare unitariamente non poteva essere in alcun modo espletata dalla ricorrente che non risultava essere ricompresa nell'elenco dei laboratori de quibus.

Relativamente alla seconda argomentazione deve essere fatto presente che il generico rinvio fatto dalla controinteressata alle opere da subappaltare così come consentito dalla legge non è conforme alla disposizione del secondo comma dell'art.118 del D.lgvo n.163 del 2006 il quale nell'individuare le condizioni legittimanti il ricorso al subappalto, stabilisce che " i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo", per cui ne discende che la controinteressata non avrebbe potuto limitarsi a dichiarare genericamente di voler subappaltare tutti i lavori che la legge consente ma avrebbe dovuto specificare in modo analitico e puntuale

a quali lavori intendesse riferirsi, con la conseguenza che in mancanza di tale specificazione non può dirsi soddisfatta la condizione richiesta dalla normativa in esame.

Alla luce di tali osservazioni, quindi, una volta appurato che la dichiarazione di subappalto resa dalla controinteressata era generica e, doveva, pertanto, essere considerata irrilevante e che la Geotec non poteva in alcun modo espletare autonomamente una serie di prestazioni oggetto dell'appalto in questione, la contestata aggiudicazione intervenuta in suo favore, risulta essere illegittima giusta quanto prospettato nel motivo di doglianza in esame.

La riconosciuta fondatezza della censura testè esaminata, comporta l'accoglimento della proposta impugnativa con assorbimento delle altre censure a tal fine dedotte.

In ordine alla proposta azione risarcitoria parte ricorrente ne ha chiesto l'accoglimento quantificando genericamente l'ammontare del danno nella misura del 10% dell'ammontare del prezzo offerto. In merito, il Collegio pur sottolineando che non può in alcun modo essere contestabile, alla luce di quanto sopra precisato, che l'illegittima aggiudicazione a favore della Geotec ha precluso all'ati costituenda, seconda classificata, di diventare aggiudicataria della gara de qua, nondimeno ritiene di rigettare la pretesa risarcitoria.

Al riguardo la Sezione intende uniformarsi al recente indirizzo giurisprudenziale (ex plurimis CS, sez, VI, n.8646/2010) secondo il quale "la quantificazione del lucro cessante in applicazione

dell'invocato criterio del 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F, è stata messa in discussione dalla più recente giurisprudenza anche della Sezione (21 maggio 2009, n. 3144). È stato, invero, osservato che quel criterio, se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che una impresa trae dall'esecuzione di un appalto, non possa, tuttavia, essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata.

Viceversa - si è sostenuto - deve esigersi la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in specie, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (in termini, Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478). È quanto ora confermato, sul piano legislativo, dall'espressa previsione contenuta nell'art. 124 del Codice del processo amministrativo a tenore del quale "se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente subito" a condizione, tuttavia, che lo stesso sia "provato".

Alla luce di tali premesse poichè nel caso di specie, nessuna prova è stata fornita dalla costituenda ati ricorrente, la quale si è limitata a richiedere genericamente il risarcimento del danno nella misura del 10% dell'ammontare del prezzo offerto, la proposta azione risarcitoria deve essere rigettata.

Da ultimo deve essere dichiarata improcedibile per cessazione della materia del contendere l'azione di accesso proposta con il gravame in trattazione stante che la stazione appaltante ha depositato nelle more del giudizio l'offerta tecnica della controinteressata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 8299 del 2009, come in epigrafe proposto, accoglie la proposta azione impugnatoria, rigetta la l'azione risarcitoria e dichiara improcedibile per cessazione della materia del contendere l'azione tesa ad ottenere la declaratoria del diritto di accesso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/09/2011

IL SEGRETARIO

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