



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1427 del 2009 proposto dalla Edil.Ge.Co. S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituenda con la Tecno-E S.r.l., e dalla Tecno-E S.r.l., in proprio e quale mandante dell'a.t.i. costituenda con la Edil.Ge.Co. S.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t. (Roberto Gardoni per la prima e Roberto Guatteri per la seconda), difese e rappresentate dall'avv. Vincenzo Scolavino ed elettivamente domiciliate in Bologna, viale Aldini n. 88, presso lo studio dell'avv. Mariachiara Giampaolo;

contro

la Formigine Patrimonio S.r.l., in persona dell'Amministratore unico in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Corrado Marzullo e dall'avv. Alessandra Pradella, ed elettivamente domiciliata in Bologna, Galleria Marconi n. 2, presso lo studio dell'avv. Francesca Minotti;

nei confronti di

Cooperativa di Costruzioni Soc. coop., CLS S.r.l. e ITI Impianti S.p.A., in quanto mandataria (la prima) e mandanti (la seconda e la terza) di una costituenda a.t.i., in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t. (Ivano Malaguti per la prima, Stefano Zaccarelli per la seconda, Andrea Mazzini per la terza), difese rappresentate dall'avv. Saverio Francesco Mussari ed elettivamente domiciliate in Bologna, via Santo Stefano n. 43, presso lo studio dell'avv. Silva Gotti;

per l'annullamento

- quanto all'atto introduttivo della lite - del provvedimento dell'Amministratore unico della Formigine Patrimonio S.r.l. n. 28 in data 8 ottobre 2009 (recante l'aggiudicazione all'a.t.i. costituenda tra Cooperativa di Costruzioni Soc. Coop., CLS S.r.l. e ITI Impianti S.p.A. dell'appalto relativo ai "lavori di realizzazione della nuova scuola primaria del capoluogo in via Pagani"), della nota prot. n. 2480 del 12 ottobre 2009 (con cui il Capo Servizio Segreteria Aree Tecniche della Formigine Patrimonio S.r.l. ha comunicato l'adozione del provvedimento n. 28 in data 8 ottobre 2009), dei verbali di gara n. 1 del 7 settembre 2009, n. 2 del 21/28 settembre 2009 e n. 3 del 6 ottobre 2009 (nella parte in cui la Commissione non ha disposto l'esclusione dalla procedura dell'a.t.i. aggiudicataria e ha affidato alla stessa l'appalto in questione), della comunicazione fax prot. n. 2442 del 7 ottobre 2009 (con cui il Capo Servizio Segreteria Aree Tecniche della Formigine Patrimonio S.r.l. ha dato comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto);

- quanto all'atto di "motivi aggiunti" depositato il 28 gennaio 2010 - del provvedimento dell'Amministratore unico della Formigine Patrimonio S.r.l. n. 1 del 13 gennaio 2010 (recante conferma del provvedimento n. 28 in data 8

ottobre 2009) e della nota prot. n. 78 del 14 gennaio 2010 (con cui il Direttore tecnico della Formigine Patrimonio S.r.l. ha trasmesso copia del provvedimento n. 1 del 13 gennaio 2010);

.....*per la declaratoria*.....

di inefficacia del contratto d'appalto e del diritto dell'a.t.i. ricorrente a conseguire l'aggiudicazione;

.....*per la condanna*.....

dell'ente appaltante al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di "motivi aggiunti" depositati il 28 gennaio 2010 e il 28 gennaio 2011;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Formigine Patrimonio S.r.l., e di Cooperativa di Costruzioni Soc. coop., CLS S.r.l. e ITI Impianti S.p.A.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi, per le parti, alla pubblica udienza del 25 ottobre 2012 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Indetta una gara d'appalto per l'affidamento dei "*lavori di realizzazione della nuova scuola primaria del capoluogo in via Pagani*" – con importo a base d'asta di € 7.608.558,32 e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa –, la Formigine Patrimonio S.r.l. assegnava alla fine i lavori all'a.t.i. costituenda tra Cooperativa di Costruzioni Soc. Coop., CLS S.r.l. e ITI Impianti S.p.A. (v. provvedimento n. 28 in data 8 ottobre 2009, a firma dell'Amministratore unico).

Avverso gli atti di gara, *in parte qua*, hanno proposto impugnativa le ricorrenti, in quanto componenti di una costituenda a.t.i., la cui offerta si era collocata al secondo posto della graduatoria finale. Lamentano la mancata esclusione dalla gara dell'a.t.i. aggiudicataria, avendo la Cooperativa di Costruzioni Soc. coop. (mandataria) omesso di indicare, all'atto dell'offerta, le generalità e la sussistenza o meno di precedenti penali relativamente ad un direttore tecnico (Renato Riva) cessato dalla carica nel triennio precedente alla pubblicazione del bando – così come richiesto dalla *lexspecialis* del concorso –, ed emergendo un'analoga e ulteriore carenza anche per la CLS S.r.l. (mandante), in relazione a due procuratori speciali (Lorenzo Zaccarelli e Camillo Breveglieri) investiti di funzioni gestorie riconducibili di fatto a quelle di un amministratore della società; adducono, inoltre, l'indebita ammissione di quella stessa a.t.i., nonostante l'avvenuta indicazione delle quote di partecipazione delle singole imprese al raggruppamento ma non anche delle quote di esecuzione dei lavori facenti capo a ciascuna di esse, nonostante la dichiarata intenzione di dare in subappalto una parte indefinita dei lavori così alterando la necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione dei lavori (art. 37, comma 13, d.lgs. n. 163/2006), nonostante la quota di partecipazione dell'impresa ITI Impianti S.p.A. fosse pari al 5% e quindi inferiore al limite minimo del 10% di cui all'art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999. Concludono le ricorrenti per l'annullamento degli atti impugnati e per il risarcimento dei danni.

Si sono costituiti in giudizio la Formigine Patrimonio S.r.l., la Cooperativa di Costruzioni Soc. coop., la CLS S.r.l. e la ITI Impianti S.p.A., resistendo al gravame.

Avendo successivamente l'ente appaltante esaminato la richiesta di annullamento in autotutela dell'atto di aggiudicazione per le irregolarità che avrebbero inficiato la posizione dell'a.t.i. aggiudicataria e avendo esso confermato le precedenti determinazioni (v. provvedimento n. 1 del 13 gennaio 2010, a firma dell'Amministratore

unico), le ricorrenti hanno impugnato con “motivi aggiunti” (depositati il 28 gennaio 2010) il nuovo atto. Censurano le conclusioni del procedimento di riesame, che non avrebbe, a loro dire, consentito di superare le gravi obiezioni formulate.

L’istanza cautelare delle ricorrenti veniva respinta dalla Sezione alla Camera di Consiglio in data 11 febbraio 2010 (ord. n. 96/2010).

Inoltre, con ulteriori “motivi aggiunti” (depositati il 28 gennaio 2011) le ricorrenti hanno invocato la declaratoria di inefficacia del contratto d’appalto, l’accertamento del loro diritto a conseguire l’aggiudicazione in luogo dell’a.t.i. illegittimamente ammessa alla gara e la condanna dell’Amministrazione al risarcimento dei danni.

All’udienza del 25 ottobre 2012, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Va innanzi tutto dichiarata priva di fondamento l’eccezione di tardività del ricorso che le controinteressate fanno derivare dalla circostanza che la relativa notificazione è intervenuta solo il 7 dicembre 2009, e cioè al 61° giorno dalla comunicazione alla parte ricorrente dell’aggiudicazione dell’appalto disposta in favore dell’altro raggruppamento di imprese (v. memoria difensiva depositata il 16 dicembre 2009). In realtà – osserva il Collegio – va fatto riferimento alla previsione di cui all’art. 155 cod.proc.civ., applicabile anche al processo amministrativo (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2006 n. 7865), secondo cui, se il giorno di scadenza è festivo – e il 6 dicembre 2009 cadeva di domenica –, il termine per la notificazione del ricorso è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo.

Nel merito, si presenta fondata, e assorbente delle altre, la doglianza con cui si imputa all’Amministrazione di non avere escluso dalla gara l’a.t.i. poi risultata aggiudicataria dell’appalto, nonostante la stessa si fosse limitata ad indicare, all’atto della presentazione dell’offerta, le quote di partecipazione delle singole imprese al raggruppamento, senza specificare altresì le quote di esecuzione dei lavori a dette imprese riconducibili.

Occorre prendere atto di un oramai consolidato ed univoco orientamento giurisprudenziale (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 1° agosto 2012 n. 4406; Sez. V, 8 novembre 2011 n. 5892), incentrato sul principio secondo cui dal compendio delle norme enucleabili dall’art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 si desume che, quale che sia il settore dell’appalto – lavori, servizi o forniture – l’associazione temporanea di imprese che concorre ad una gara è tenuta ad indicare sia la quota di partecipazione di ciascun componente sia la quota di esecuzione dell’appalto facente capo ad ogni operatore, dovendovi essere perfetta corrispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni, oltre che tra quota di qualificazione e quota di partecipazione (corrispondenza anch’essa da evidenziare in sede di offerta), in ossequio ad una regola generale che prescinde dall’assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla morfologia del raggruppamento – verticale od orizzontale – o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie). Si tratta di un principio che opera anche nel silenzio della *lex specialis* della gara, imponendo alle a.t.i. una formalità che assurge a condizione essenziale di ammissione, con la funzione di consentire alla stazione appaltante l’immediata verifica della sussistenza dei titoli delle concorrenti alla stregua del preciso programma di collaborazione delineato in sede di offerta, in ragione del necessario possesso da parte delle singole imprese dei requisiti di qualificazione per l’effettiva parte dei lavori/prestazioni che ciascuna dovrà curare (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2011 n. 5279; Sez. VI, 27 marzo 2012 n. 1799), e quindi con l’obiettivo di evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie quanto per aggirare le norme di partecipazione alle gare, secondo una regola che non può non valere anche per le a.t.i. costituenti (v. Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 2011 n. 2805), in relazione alle quali, sia se di tipo orizzontale sia se di tipo verticale, si rende necessaria la chiara indicazione della quota di partecipazione e la preventiva specificazione della parte delle lavorazioni o prestazioni che saranno eseguite dalle imprese partecipanti al

raggruppamento (v. Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2011 n. 1422).

Di qui, nel caso di specie, la necessità di escludere dalla gara la (costituenda) a.t.i. Cooperativa di Costruzioni Soc. coop./CLS S.r.l./ITI Impianti S.p.A., per avere la stessa mancato di specificare le quote di ripartizione dei lavori in capo alle singole imprese, precludendo così all'ente appaltante il preventivo accertamento della dovuta corrispondenza tra requisiti di qualificazione posseduti, quote di partecipazione al raggruppamento e prestazioni assunte in carico dai singoli componenti.

La circostanza che nelle more del giudizio l'appalto abbia avuto integrale esecuzione priva le ricorrenti dell'interesse all'annullamento degli atti di gara e preclude altresì la declaratoria di inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 122 cod.proc.amm., permanendo tuttavia l'interesse alla declaratoria di illegittimità degli atti impugnati, in vista del risarcimento del danno, a norma dell'art. 34, comma 3, cod.proc.amm. (*“Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”*) e dell'art. 124, comma 1, cod.proc.amm. (*“...Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”*).

Quanto, innanzi tutto, all'elemento soggettivo della colpa, se ne può prescindere, alla luce del recente indirizzo della giurisprudenza comunitaria, che ha escluso qualsiasi rilevanza di tale profilo ai fini della tutela risarcitoria in materia di appalti, orientamento fatto proprio anche dal giudice amministrativo (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6127 e 24 febbraio 2011 n. 1193; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 5 giugno 2012 n. 1005; TAR Emilia-Romagna, Parma, 7 dicembre 2011 n. 420; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 19 ottobre 2011 n. 2493).

Sussistono, poi, gli altri elementi costitutivi dell'illecito civile, e cioè il danno ingiusto subito dall'a.t.i. ricorrente e il nesso causale tra la condotta dell'ente appaltante e l'evento pregiudizievole. Il corretto espletamento della gara, come si è visto, avrebbe imposto alla stazione appaltante di aggiudicare i lavori all'a.t.i. Edil.Ge.Co. S.r.l./Tecno-E S.r.l., essendo la sua offerta la migliore dopo quella del raggruppamento illegittimamente ammesso, con il risultato di impedire a chi ne avrebbe avuto titolo il conseguimento di un'utilità avente rilievo patrimoniale.

Venendo ai profili di danno, non compete alle ricorrenti il recupero dei costi di partecipazione alla gara. Per costante giurisprudenza (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 16 settembre 2011 n. 5168), simili spese restano ordinariamente a carico delle imprese sia in caso di aggiudicazione sia in caso di mancata aggiudicazione, onde gli stessi rilevano come “danno emergente” solo quando l'impresa subisce un'illegittima esclusione e in tal modo viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili, mentre nell'ipotesi in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione o per la perdita della *chance* di aggiudicazione non vi è titolo alla reintegrazione degli oneri di partecipazione alla gara, altrimenti il risarcimento farebbe conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che sarebbe derivato dall'aggiudicazione dell'appalto.

Non compete neppure il ristoro delle spese sostenute per la tutela giurisdizionale, avendo la giurisprudenza chiarito che i costi per difendersi in giudizio non costituiscono un “danno emergente” di cui può essere chiesto il risarcimento in via autonoma ex art. 2043 cod.civ., e ciò in quanto la relativa pretesa va fatta valere unicamente in sede di rimborso delle spese legali secondo la peculiare disciplina dettata dagli artt. 90 - 97 cod.proc.civ. (v. Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751).

Quanto al “lucro cessante”, il Collegio ritiene di doversi adeguare al principio per cui, anche in virtù della previsione ora contenuta nell'art. 124 cod.proc.amm., l'impresa deve in simili casi fornire la prova della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, avvalendosi in particolare dell'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (v. Cons. Stato, Sez. III, 12 maggio 2011 n. 2850;

TAR Lazio, Sez. III, 7 settembre 2011 n. 7142). Nella fattispecie, quindi, l'ente appaltante deve attenersi all'offerta delle ricorrenti e alle giustificazioni delle voci di prezzo ex art. 87, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, depositate dalle interessate, e sulla base di tali dati e di eventuali altri elementi acquisiti in sede di gara deve provvedere alla determinazione del margine di guadagno ascrivibile alla prestazione contrattuale che sarebbe loro spettato eseguire; detta somma, poi, andrà ridotta in via equitativa del 50%, in coerenza con quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza della spettanza dell'appalto al ricorrente, il mancato utile compete nella misura integrale solo se l'interessato dimostri di non avere potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi – tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione –, per doversi altrimenti ritenere che l'impresa abbia ragionevolmente destinato mezzi e manodopera ad altri lavori o servizi, sì da giustificare la decurtazione del risarcimento di una misura *per aliunde perceptum vel percipiendum*, tenuto altresì conto che, ai sensi dell'art. 1227 cod.civ., il danneggiato ha l'obbligo di non concorrere ad aggravare il danno, non essendo saggio immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio anziché attivarsi per svolgere altre attività (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 19 aprile 2011 n. 2427). Compete, inoltre, alle ricorrenti, che ne hanno fatto esplicita richiesta, il ristoro del c.d. “danno curriculare”, in relazione alla maggiore qualificazione che sarebbe loro derivata dall'esecuzione dell'appalto in questione, anche con beneficio per l'immagine e il prestigio professionale delle imprese interessate – al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare –, nella misura che appare equo fissare nel 2% dell'importo dell'offerta economica dal raggruppamento formulata nella gara.

Quanto, infine, al “danno emergente” riferito alle spese generali infruttifere (oneri di ammortamento, gestione e manutenzione di mezzi e attrezzature, costi d'ufficio, ecc.) e ai costi sopportati per il personale rimasto inoperativo, si deve negare la spettanza del risarcimento, in quanto, come si è detto, resta indimostrato il carente impiego di mezzi e maestranze in altre attività di impresa.

Ciò posto, ai fini della liquidazione del danno, appare utile far ricorso allo strumento previsto dall'art. 34, comma 4, cod.proc.amm., secondo cui “*in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti*”. Spetta dunque alla Formigine Patrimonio S.r.l. formulare una proposta risarcitoria, che dovrà includere le seguenti voci:

- 1) una somma pari all'utile di impresa determinato secondo le modalità suindicate, ivi compresa la decurtazione del 50% *per aliunde perceptum vel percipiendum* ;
- 2) una somma pari al 2% dell'importo dell'offerta economica del raggruppamento ricorrente, a titolo di “danno curriculare”;
- 3) una somma pari alla rivalutazione, secondo gli indici ISTAT, di quanto liquidato *sub* 1) e 2) – che costituisce complessivamente un debito di valore –, considerando quale *dies a quo* la data di sottoscrizione del contratto d'appalto con l'aggiudicataria dei lavori e quale *dies ad quem* la data di deposito della presente decisione, in seguito alla quale il debito di valore si trasforma in debito di valuta (non spettano invece i c.d. “interessi compensativi” sulla somma via via rivalutata, in mancanza di qualsiasi allegazione e prova circa l'insufficienza della rivalutazione a ristorare l'intero danno sofferto *medio tempore*; v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144);
- 4) una somma pari agli interessi legali calcolati sugli importi *sub* 1), 2) e 3), dalla data di deposito della presente decisione fino al soddisfo.

La motivata proposta di risarcimento sarà presentata dalla Formigine Patrimonio S.r.l. alla parte ricorrente entro sessanta giorni dalla comunicazione della presente decisione in via amministrativa, o dalla sua notificazione ad istanza di parte (se anteriore), nel rispetto dei criteri suindicati, con pagamento da effettuare poi entro trenta giorni dall'accettazione della proposta. Ove non si dovesse giungere ad un accordo, il Tribunale potrà essere adito per la determinazione della somma dovuta, nelle forme del giudizio di ottemperanza.

La sussistenza, all'epoca di instaurazione della lite, di precedenti giurisprudenziali non univoci in ordine alle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, così provvede:

- dichiara l'illegittimità *in parte qua* degli atti impugnati;
- condanna la Formigine Patrimonio S.r.l. al risarcimento dei danni, da liquidarsi e corrisondersi nei termini e secondo i criteri indicati in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio del 25 ottobre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Sergio Fina, Consigliere

Italo Caso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2012

IL SEGRETARIO

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