



N.3031/2008

Reg. Dec.

N. 8155 Reg. Ric.

Anno 2007

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello iscritto al NRG. 8155 dell'anno 2007
proposto dal **COMUNE DI CASARANO**, quale comune capofila
del P.I.T. n. 9, in persona del sindaco in carica, rappresentato
e difeso dagli avv. Antonio Pandiscia e Giuseppe Mormandi,
con i quali è elettivamente domiciliato in Roma, via dei Prefetti
n. 17 (studio legale Pandiscia);

c o n t r o

SO.CO.I. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica,
non costituita in giudizio;

e nei confronti di

ME.CO. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentato e difeso dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con il
quale è elettivamente domiciliato in Roma, Corso
Rinascimento n. 11;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la
Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. II, n. 2942 del 24 luglio
2007; Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ME.CO. s.r.l. che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 101 del 14/02/2008;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 12 febbraio 2008, il Consigliere Carlo Saltelli;

Uditi per le parti l'avvocato Gattamelata, su delega dell'avvocato Pandiscia, e l'avvocato Valeria Pellegrino, su delega dell'avvocato Gianluigi Pellegrino;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Il Comune di Casarano, quale comune capofila del P.I.T. 9 – Misura 4.2. del P.O.R. Puglia 2000 – 2006, con bando in data 9 ottobre 2006, indiceva una procedura aperta per l'appalto dei lavori di “Completamento e miglioramento delle infrastrutture della zona P.I.P. – Comune di Minervino di Lecce”, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

Secondo detto bando, per quanto interessa:

- i lavori oggetto di appalto consistevano nella realizzazione del sistema viario interno, rete fognante, rete idrica e pubblica illuminazione (in conformità al progetto esecutivo approvato con deliberazione della Giunta municipale del Comune di Minervino n. 221 del 4 settembre 2006);
- l'importo complessivo dell'appalto ammontava a €.

295.081,24 (compresi gli oneri per la sicurezza);

- l'intervento si componeva delle seguenti lavorazioni: opere stradali, OG 3, per le quali era richiesta la qualificazione obbligatoria, per un importo di €. 164.400,35 (65%); fognatura nera, OG 6, per un importo di €. 65.872,68 (22,66%); rete idrica, OG 6, per un importo di €. 48.344,12 (16,63%); pubblica illuminazione, OG 10, per un importo di €. 12.103,28 (4,16%);

- quali indicazioni speciali, era previsto che le opere stradali erano considerate lavorazioni prevalenti e che tutte le lavorazioni erano subappaltabili.

La Commissione di gara nella seduta del 20 novembre 2006 aveva proceduto all'accertamento delle offerte presentate e della relativa documentazione prodotta a loro corredo, sospendendo ogni determinazione in ordine alla offerta presentata dalla ditta Sud Strade di Verardo Luigi, escludendo dalla gara la ditta F.lli Garrisi di Nicola & Primo s.n.c. per carenza documentale ed ammettendo alla gara tutte le altre 51 imprese che avevano presentato offerta. Nella successiva seduta del 23 novembre 2006, la Commissione, disposta - all'esito di una nuova e definitiva valutazione - l'ammissione alla gara della ditta Sud Strade di Verardo Luigi, aperte le buste ed esaminate le offerte economiche, calcolata la soglia di anomalia delle offerte (pari al 30,437%), ai sensi degli articoli 81 e 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006, dichiarava aggiudicataria provvisoria dell'appalto in questione la società

ME.CO. s.r.l. che aveva offerto un ribasso pari al 30,435% (la seconda migliore offerta risultava essere quella dell'Impresa Magno Rag. Cosimo, che aveva offerto un ribasso pari al 30,433%).

Con determinazione n. 98 del 6 dicembre 2006 il responsabile dell'Ufficio Unico del P.I.T. 9 del Comune di Casarano approvava i verbali della gara in questione e dichiarava definitivamente aggiudicataria dell'appalto la predetta società ME.CO. s.r.l. per un importo contrattuale, al netto del ribasso, pari a €. 206.600,48 (di cui €. 202.239,67 per lavori ed €. 4.360,81 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), dando atto che erano stati verificati positivamente in capo alla predetta aggiudicataria i prescritti requisiti soggettivi.

La SO.CO.I. s.r.l., che aveva partecipato alla gara, offrendo un ribasso pari al 30.438%, con ricorso giurisdizionale notificato a mezzo del servizio postale il 17 marzo 2007 chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, per un verso, l'annullamento del provvedimento (n. 98 del 6 dicembre 2006) di aggiudicazione dell'appalto alla società ME.CO. s.r.l. e dei verbali di gara del 20 e 23 novembre 2006 nella parte in cui non erano state escluse dalla gara le ditte Sud Strade di Verardo Luigi e quella di Alessandro Lezzi, oltre che del bando di gara e del disciplinare di gara (nella parte in cui non era stata prevista la qualificazione obbligatoria nella categoria

OG6), e, per altro verso, l'accertamento e la declaratoria della nullità e/o dell'inefficacia, o in subordine, dell'annullamento ex art. 1441 C.C. del relativo contratto di appalto ove stipulato.

La ricorrente, dopo aver premesso che la mancata esclusione delle ricordate ditte Sud Strade e Alessandro Lezzi, sprovviste della qualifica OG6, aveva influito sul calcolo della soglia di anomalia, che sarebbe risultata pari al 30,441%, invece che al 30,437%, determinando così l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore (in virtù del ribasso offerto pari al 30,438%), a sostegno dell'impugnativa articolava un solo motivo di censura (rubricato "Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui all'art. 1 del D.P.R. n. 34/2000; all'allegato A, quinto capoverso, del D.P.R. n. 34/2000; all'allegato B del D.P.R. n. 34/2000; all'art. 73, comma 2, del D.P.R. n. 554/99; all'art. 74, comma 2, del D.P.R. N. 554/99 – violazione dei principi generali in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici – istruttoria carente o insufficiente – eccesso di potere"), con il quale, in sintesi, sosteneva che erroneamente il bando di gara aveva considerato come categoria prevalente dei lavori oggetto di appalto quella relativa alle opere stradali, per la quale soltanto aveva richiesto la qualificazione obbligatoria alla categoria OG 3, classifica I, laddove, secondo le previsioni delle norme rubricate, dovevano considerarsi parti costituenti l'opera o il lavoro anche i lavori relativi alla fognatura nera e alla rete

idrica (che complessivamente rappresentavano oltre il 30% del valore dell'appalto) e per i quali era quindi necessaria la qualificazione OG6, inopinatamente non richiesta e pacificamente non posseduta dalle ditte Sud Strade e Alessandro Lezzi che, pertanto, non avrebbero potuto partecipare alle gara (non avendo neppure dichiarato di voler subappaltare tali lavori a imprese qualificate ovvero di partecipare in A.T.I. verticale con imprese qualificate).

L'adito tribunale, nella resistenza dell'intimato Comune di Casarano e della ME.CO. s.r.l, con la sentenza indicata in epigrafe, respinta l'eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso per la dedotta mancata tempestiva impugnazione del verbale della commissione di gara in data 23 novembre 2006 (nella parte in cui non aveva escluso dalla gara le ditte che, secondo la società ricorrente, non avrebbero avuto titolo a partecipare), ha accolto il ricorso ed ha annullato gli atti impugnati, ritenendo fondata la censura relativa alla illegittimità del bando per non aver previsto la necessità della qualificazione obbligatoria nella categoria OG 6 per le lavorazioni inerenti la fognatura nera e la rete idrica che, raggiungendo complessivamente un importo pari o superiore al 30% del valore complessivo, rappresentavano una parte costituente l'opera o il lavoro, secondo la previsione del terzo comma dell'articolo 73 del D.P.R. n. 554/99: ciò sulla scorta di una minuziosa ricostruzione ed interpretazione delle disposizioni di cui agli articoli 72, 73 e 74 del D.P.R. n.

554/99.

Il tribunale ha altresì accolto la domanda risarcitoria, quantificando il danno subito dalla ricorrente in via equitativa in relazione alla perdita di chance nella misura del 5% dell'importo lordo dei lavori, come risultante dalla offerta economica prodotta.

Avverso tale statuizione ha proposto appello il Comune di Casarano con atto notificato a mezzo del servizio postale il 12 ottobre 2007, chiedendone la riforma alla stregua di quattro motivi di gravame.

E' stato lamentato innanzitutto l'erroneo rigetto (con motivazione peraltro non pertinente), dell'eccezione di irricevibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione del verbale del 23 novembre 2006 (che, comportando l'esclusione dalla gara della SO.CO.I. s.r.l. per anomalia dell'offerta, era immediatamente lesivo e andava immediatamente impugnato, tanto più che nella relativa seduta era presente il legale rappresentante della società stessa); è stato poi censurato l'omesso esame della eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non essendo mai stato fatto valere dalla ricorrente l'interesse strumentale alla sola riedizione della gara, mentre, per altro verso, una volta appurata la conformità dell'operato dell'amministrazione alle prescrizioni contenute nella lex specialis, giammai si sarebbe potuta verificare l'unica condizione che avrebbe radicato l'interesse della predetta

società ricorrente, vale a dire la esclusione dalla gara delle ditte Sud Strade di Verardo Luigi e Alessandro Lezzi.

Nel merito è stato rilevato che, pur avendo correttamente individuato il quadro normativo di riferimento, i primi giudici hanno tuttavia erroneamente ritenuto che le opere di fognatura nera e rete idrica dovessero essere considerate speciali, laddove le stesse, proprio perché opere generali appartenenti alla categoria OG 6, non potevano rientrare tra quelle elencate nell'articolo 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/99.

Infine, in ordine alla condanna al risarcimento del danno, l'appellante ha dedotto che del tutto erroneamente era stata annullata la intera procedura concorsuale, pur non essendo mai stata avanzata in giudizio la relativa domanda, e che, d'altra parte, detto annullamento costituiva già di per sé una forma di risarcimento in forma specifica, ovvero, quanto meno, limitava l'area del danno al solo danno emergente (perdita di chance legata all'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico connesso all'esecuzione dei lavori); in ogni caso, non era stata fornita dalla ricorrente in primo grado alcuna prova del danno asseritamente subito.

La società ME.CO. s.r.l. si è costituita in giudizio, chiedendo a sua volta la riforma della sentenza alla stregua di due motivi di appello incidentale, sostanzialmente analoghi al primo ed al terzo motivo dell'appello principale.

La SO.CO.I. s.r.l., alla quale sia l'appello principale che quello incidentale risultano ritualmente notificati, non si è costituita in giudizio.

Le parti costituite hanno prodotto apposite memorie a sostegno delle rispettive tesi difensive.

DIRITTO

I. Possono essere esaminati congiuntamente il primo motivo dell'appello principale proposto dal Comune di Casarano ed il primo motivo dell'appello incidentale proposto dalla società ME.CO. s.r.l., in quanto sostanzialmente identici.

Con essi è stato sostenuto che i primi giudici avrebbero erroneamente respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado per la mancata tempestiva impugnazione da parte della SO.CO.I. s.r.l. del verbale del 23 novembre 2006 che, comportando l'esclusione dalla gara della predetta società per anomalia dell'offerta, era immediatamente lesivo e doveva essere tempestivamente impugnato (non potendo neppure dubitarsi della effettiva conoscenza del relativo contenuto da parte della società, essendo presente a quella seduta il suo legale rappresentante).

Le doglianze non possono trovare favorevole considerazione.

Deve infatti rilevarsi che, come emerge dalla sua lettura, il verbale in data 23 novembre 2006, diversamente da quanto sostenuto dagli appellanti, principale ed incidentale, non contiene alcuna espressa determinazione di esclusione della

ditta SO.CO.I. s.r.l. dalla gara, unica statuizione che, in quanto idonea a determinare un arresto procedimentale in suo danno, sarebbe stata immediatamente lesiva ed altresì idonea a far nascere l'onere di immediata impugnazione del verbale stesso.

Invero nel predetto atto sono, tra l'altro, descritte le operazioni e le modalità concrete con cui la Commissione di gara ha determinato la soglia di anomalia, dando atto che le offerte pari o superiori a questo indice erano considerate anomale, ed ha quindi proceduto, in virtù della delineata soglia di anomalia, alla individuazione della ditta concorrente che aveva presentato un'offerta con il maggior ribasso, risultata essere la società ME.CO. s.r.l., che è stata quindi dichiarata provvisoriamente aggiudicataria.

D'altra parte, ad avviso della Sezione, anche dal punto di vista logico - giuridico la circostanza che l'offerta presentata della SO.CO.I. s.r.l. fosse inferiore alla soglia di anomalia non implica affatto la sua esclusione dalla gara, dovendosi evidentemente tener distinta la fase di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo le previsioni del bando di gara, fase che presuppone la previa determinazione della soglia di anomalia da calcolarsi sulla base delle offerte valide ed ammesse quindi a concorrere, dalla fase a questa precedente di esclusione di una ditta dalla gara per invalidità dell'offerta (ipotesi che non ricorre nel caso di specie).

Avendo concorso alla determinazione della stessa soglia di anomalia delle offerte non è possibile ritenere che la offerta presentata dalla SO.CO.I. s.r.l. fosse da considerare esclusa dalla gara, tanto più che la seduta del 23 novembre 2006 si concludeva con l'aggiudicazione provvisoria, provvedimento non immediatamente lesivo, essendo sottoposto alla verifica ed alla approvazione da parte dell'amministrazione appaltante nei cui poteri rientrava anche quello di controllare l'intero procedimento concorsuale, ivi compresa la sub fase di calcolo della soglia di anomalia delle offerte.

Ovviamente tali osservazioni escludono qualsiasi rilievo alla circostanza evidenziata dagli appellanti, principale ed incidentale, circa la presenza del legale rappresentante della società SO.CO.I. s.r.l. alla seduta del 23 novembre 2006.

II. Ugualmente infondato è il secondo motivo dell'appello principale con il quale, in virtù di una lettura estremamente formale del ricorso introduttivo del giudizio, si sostiene che quest'ultimo avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse, non essendo stato fatto espressamente valere l'interesse strumentale alla riedizione della gara, aggiungendosi, inoltre, che i primi giudici avrebbero omesso di pronunciarsi su tale eccezione.

Ritiene al riguardo la Sezione che, in omaggio al principio di effettività della tutela, predicata dagli articoli 24 e 113 della Costituzione, non possa negarsi che la richiesta di annullamento degli atti impugnati, avanzata con il ricorso

introduttivo del giudizio in relazione ai motivi di doglianza espressamente articolati, evidenziava al di là di ogni ragionevole dubbio l'interesse della società SO.CO.I. s.r.l. ad ottenere la ripetizione della gara, a suo avviso illegittimamente conclusasi con l'aggiudicazione in favore della ME.CO. s.r.l. in virtù dei dedotti vizi della previsione del bando di gara e della conseguente mancata esclusione dalla gara delle ditte Sud Strade e Alessandro Lezzi.

Il bene della vita cui aspirava la società SO.CO.I. s.r.l. (e dunque l'interesse che sosteneva la sua impugnazione) era proprio l'annullamento della gara ed il relativo giudicato, se favorevole ad i suoi interessi, avrebbe necessariamente comportato in capo all'amministrazione l'obbligo della ripetizione della gara, eliminando i vizi di legittimità denunciati che, secondo la prospettazione della ricorrente, l'avevano inficiata.

Per completezza sull'argomento, la Sezione deve ancora rilevare che l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui correttamente l'amministrazione si sarebbe attenuta alle previsioni della lex specialis della gara, non è idonea a dimostrare né un presunto vizio di contraddittorietà o di incoerenza della statuizione stessa, né l'infondatezza della pretesa del ricorrente: invero quella affermazione, nell'economia dell'impianto motivazionale della sentenza gravata, è tesa esclusivamente a precisare che effettivamente la illegittima omessa esclusione dalla gara delle

ditte Sud Strade e Lezzi non poteva discendere da una autonoma decisione della Commissione di gara, ma imponeva l'esame della legittimità della previsione del bando che aveva considerato come unica categoria prevalente, ai fini della qualificazione obbligatoria OG3, quella dei lavori stradali; peraltro, sotto altro concorrente profilo, proprio quella affermazione, in relazione alla deduzione svolta dalla società ricorrente in primo grado, vale ulteriormente ad evidenziare l'effettiva sussistenza del suo interesse (anche strumentale) a ricorrere.

III. Sono invece fondati e devono essere accolti il terzo motivo dell'appello principale del Comune di Casarano ed il secondo motivo dell'appello incidentale della ME.CO. s.r.l., con i quali si denuncia che sarebbe erronea la statuizione del T.A.R. secondo cui le opere di fognatura nera e rete idrica, previste nel bando di concorso, dovevano essere considerate opere speciali, e comportavano pertanto la qualificazione obbligatoria nella categoria OG 6.

Osserva al riguardo la Sezione che, affinché un'opera o un lavoro possano essere considerati speciali, è necessario, ai sensi dell'articolo 72, comma 4, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, che essi siano ricompresi nell'elenco delle opere specializzate, ivi formulato, e che siano di importo superiore a quello indicato dall'articolo 73, comma 3, del predetto D.P.R.: entrambe le predette condizioni devono concorrere ai fini della specialità di un'opera o di un lavoro.

Deve poi aggiungersi che, poiché le opere specializzate, secondo quanto espressamente previsto dalla definizione di cui all'articolo 72, comma 3, sono costituite dalle lavorazioni che nell'ambito del processo realizzativi dell'opera necessitano di una particolare specializzazione e professionalità, atteggiandosi quindi come eccezione alle opere generali (opere e lavori indispensabili per consegnare l'opera o il lavoro finito in ogni sua parte), l'elencazione contenuta nel ricordato quarto comma dell'articolo 72 deve considerarsi tassativa, non suscettibile quindi di interpretazione analogica o estensiva, mancando, del resto, qualsiasi indizio nella ricordata disposizione normativa da cui possa emergere il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione.

Non può pertanto essere condiviso l'assunto della società ricorrente in primo grado, fatta propria dai primi giudici, circa la natura di opere speciali dei lavori di fognatura nera e rete idrica di cui al bando di gara predisposto dall'ente appellante, trattandosi di lavorazioni non espressamente menzionate nell'elenco delle opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, e non potendosi ammettere un giudizio di analogia rispetto alle opere di installazione, gestione e manutenzione ordinaria di impianti idrosanitari, come sostenuto, peraltro immotivatamente, dal giudice di primo grado.

A conforto di tali rilievi la Sezione non può non evidenziare che nell'allegato A al D.P.R. 25 gennaio 2000, n.

34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109) la categoria OG 6 (Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione) comprende, precisando espressamente il carattere meramente esemplificativo dell'indicazione, anche le fognature con qualsiasi materiale, il trattamento delle acque reflue prima della loro immissione nel ciclo naturale delle stesse, nonché le opere di captazione delle acque, gli acquedotti, la rete di distribuzione all'utente finale, etc., opere queste del tutto simili o analoghe, al di là di ogni ragionevole dubbio, a quelle indicate nel bando di gara, cioè fognatura nera e rete idrica.

Va, poi evidenziato, anche sotto il profilo della ragionevolezza e della logicità delle previsioni del bando di gara, erroneamente censurato dai primi giudici, che le ricordate opere di fognatura nera e rete idrica si inseriscono, sostanzialmente completandoli, nell'ambito dei lavori stradali, ritenuti prevalenti, tanto più che oggetto dell'appalto erano i lavori di "Completamento e miglioramento delle infrastrutture della zona P.I.P. - Comune di Minervino di Lecce": in realtà, i primi giudici hanno confuso la autonomia dei lavori di fognatura nera e rete idrica con la loro asserita specialità, non tenendo conto che proprio la definizione delle opere generali (articolo 72, comma 2) li rendeva logicamente e ragionevolmente indispensabili per consegnare l'opera o il

lavoro oggetto di appalto finito in ogni sua parte, e dunque li qualificava necessariamente come opere di carattere generale: di qui l'assoluta correttezza dell'operato dell'amministrazione di ritenere prevalenti i lavori stradali (che costituivano il 65% dell'importo complessivo dell'appalto) e di richiedere solo per questi la qualificazione obbligatoria nella categoria OG 3.

IV. L'accoglimento dell'esaminato motivo di appello comporta la completa riforma della sentenza, travolgendone anche il capo relativo all'accoglimento della domanda risarcitoria ed esime, quindi, la Sezione dall'esaminare il relativo motivo di gravame.

In conclusione, devono essere accolti, nei sensi di cui in motivazione, l'appello principale proposto dal Comune di Casarano e quello incidentale proposta dalla ME.CO. s.r.l. e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla SO.CO.I. s.r.l.

Sussistono nondimeno, ad avviso della Sezione, giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dal Comune di Casarano e su quello incidentale proposto dalla ME.CO s.r.l. avverso la sentenza impugnata, così provvede:

- accoglie l'appello principale proposto dal Comune di Casarano e quello incidentale proposto dalla ME.CO s.r.l., nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla SO.CO.I. s.r.l.;
- dichiara compensate le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 12 febbraio 2008, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Luigi	COSSU	- Presidente
Anna	LEONI	- Consigliere
Bruno	MOLLICA	- Consigliere
Carlo	SALTELLI	- Consigliere, estensore
Salvatore	CACACE	- Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

Luigi Cossu

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo

Depositata in Segreteria

18/06/2008

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa

Depositata in Segreteria

18/06/2008

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

Dott . Giuseppe Testa