

Il principio di intangibilità del calcolo delle offerte: presupposti e limiti

di Achille Morcavallo

Data di pubblicazione: 21-12-2016

1) In materia di appalti pubblici in ossequio al superiore principio di economia processuale si deve procedere all'esame prioritario del ricorso principale pur in presenza di ricorso incidentale (1).

2) Il principio di intangibilità del calcolo della media delle offerte di cui all'art. 38, comma 2 bis ultimo periodo, D.lgs. 163/2006, determina l'inammissibilità dell'azione diretta ad ottenere l'aggiudicazione, previa rimodulazione della graduatoria per effetto dell'esclusione di una terza impresa (2).

3) Il principio di intangibilità del calcolo della media delle offerte di cui all'art. 38, comma 2 bis ultimo periodo, D.lgs. 163/2006, non limita la tutela per equivalente di natura risarcitoria (3).

1. *Conforme: Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2016, n. 3752.*

2. *Conforme: Cons. Stato, sez. III, 05 ottobre 2016 n. 4107.*

3. *Conforme: C.G.A.S. sentenza 22 dicembre 2015 n. 740.*

Guida alla lettura

Il T.A.R. Calabria, con l'articolata pronuncia in commento, esamina approfonditamente talune questioni particolarmente interessanti riguardanti il principio di intangibilità del calcolo delle offerte.

L'oggetto del contendere è rappresentato dall'aggiudicazione di una gara per l'esecuzione di lavori pubblici, svolta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il ricorrente ne censura la legittimità e chiede altresì il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illecito esercizio dell'azione amministrativa.

I motivi di doglianza sono rivolti verso la mancata esclusione di una terza impresa, con conseguente calcolo errato della media delle offerte e della relativa soglia di anomalia.

Il Tar dichiara inammissibile la domanda demolitoria, dovendo applicarsi alla fattispecie il principio di intangibilità del calcolo della media delle offerte e della conseguente determinazione della soglia di anomalia, di cui all'art. 38, comma 2 bis ultimo periodo del cod. appalti.

A tal proposito i giudici calabresi affermano come tale normativa costituisce il punto di equilibrio tra le modalità di tutela dell'interesse legittimo e la necessità di assicurare la stabilità dei provvedimenti amministrativi. Dacchè affermano che ove l'invalidità del provvedimento è basata sulla rimodulazione del calcolo delle offerte conseguente all'esclusione di un'impresa terza, deve essere esclusa la tutela demolitoria.

Tuttavia, in tali ipotesi, i giudici ritengono ammissibile la tutela risarcitoria, in ossequio al principio di effettività della tutela sancito dalla Costituzione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 338 del 2016, proposto da: ?Calcestruzzi Cariatese di Trento e Figli Snc, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Parise C.F. PRSCLD74D50D086Y, Giancarlo Pompilio C.F. PMPGCR69T02F839H, con domicilio eletto presso Gianfilippo Maradei in Catanzaro, via G. Scalise N 5;

contro

Provincia di Cosenza, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Russo C.F. RSSLSN71R03D086E, domiciliato ex art. 25 cpa presso Tar Segreteria in Catanzaro, via De Gasperi, 76/B;

nei confronti di

Impresa Mg Costruzioni Generali Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata

e difesa dagli avvocati Oreste Morcavallo C.F. MRCRST49D19D086G, Achille Morcavallo C.F. MRCCLL76H21D086W, domiciliato ex art. 25 cpa presso Tar Segreteria in Catanzaro, via De Gasperi, 76/B;

per l'annullamento della determinazione n 214/16 con cui e' stata aggiudicata definitivamente la gara d'appalto relativa ai lavori di messa in sicurezza ponte sul fiume crati;

per la condanna al risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Cosenza e dell' Impresa Mg Costruzioni Generali Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2016 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame è stato impugnato il provvedimento n. 214 del 17 febbraio 2016 con cui è stata aggiudicata la gara relativa ai lavori di messa in sicurezza del Ponte Fiume Crati alla controinteressata Impresa MG Costruzioni generali s.r.l. secondo il criterio del prezzo più basso ex artt. 82 co. 2 lett. a) e 86 D.lgs. 163/2006: ad avviso della ricorrente il provvedimento di aggiudicazione sarebbe viziato per effetto della omessa esclusione dalla partecipazione di una terza concorrente, il Consorzio Stabile Octopus SCARL, e conseguente illegittimo calcolo della soglia di anomalia delle offerte che rimodulate senza la sua partecipazione avrebbero condotto all'aggiudicazione in favore della Calcestruzzi Cariatese di Trento e Figli s.n.c. (secondo le risultanze delle proiezioni emergenti dalla perizia tecnica allegata al ricorso; all. 10, fascicolo parte ricorrente).

2. In particolare, parte ricorrente ha chiesto: a) l'accertamento del diritto all'aggiudicazione dell'appalto, previa esclusione del Consorzio Stabile Octopus SCARL o comunque il subentro nel relativo contratto; b) in via gradata, il risarcimento del danno per illegittimo esercizio

dell'azione amministrativa.

3.A fondamento del *petitum* principale vengono dedotte due profili di illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione:

a) violazione di legge con riferimento agli artt. 34 e 36 co. 5 del D.Lgs. 163/2006, nonché eccesso di potere per violazione della *lex specialis* (art. 6 del bando di gara), della *par condicio*, buon andamento, imparzialità; alla gara avrebbe partecipato, unitamente al Consorzio Stabile Octopus SCARL, anche la sua consorziata, indicata come esecutrice, Santise Costruzioni s.r.l.; sarebbe stato pertanto violato il divieto di congiunta partecipazione alla medesima gara del Consorzio stabile e di un soggetto aggregato indicato come esecutore previsto dall'art. 36 co. 5 D.Lgs. 163/2006.

b) violazione di legge con riguardo agli artt. 36 co. 7 e 40 D.lgs. 163/2006, nonché degli artt. 76, 77 e 78 del DPR 207/2010 ed eccesso di potere per carenza di istruttoria e dei presupposti: il Consorzio Stabile avrebbe dovuto essere comunque escluso per mancanza di possesso di una certificazione SOA in corso di validità al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, per effetto della scadenza intermedia della certificazione SOA di una consorziata. In particolare, la certificazione SOA della ditta Geom. Silvio Mascaro aveva scadenza triennale al 28 settembre 2015 e il contratto era stato rinnovato il giorno successivo (il 29 settembre 2015) senza che l'impresa avesse ottemperato all'onere di richiesta di verifica triennale entro il termine previsto dall'art. 77 co. 1 e 7 del DPR 207/2010 (ovvero almeno 90 giorni prima della scadenza del triennio di validità).

4. Si è costituita in giudizio la Provincia di Cosenza con controricorso depositato in data 19 aprile 2016 e con successive memorie depositate anche in vista dell'udienza pubblica ha argomentato le sue difese, eccependo, l'infondatezza nel merito del ricorso e chiedendo il rigetto anche della domanda di risarcimento del danno per mancato assolvimento dell'onere probatorio.

5. In data 15 aprile 2016, si è costituita anche la controinteressata Impresa Costruzioni Generali s.r.l., depositando ricorso incidentale escludente: l'ammissione della ricorrente sarebbe stata nello specifico illegittima per violazione degli artt. 38, 39 e 49 D.Lgs. 163/2006, poiché essa si era avvalsa di altra impresa iscritta nel registro della Camera di Commercio di Cosenza per attività di "costruzioni edilizie in genere, di movimento terra, fornitura inerti, costruzione e vendita di manufatti in cemento", ma possedendo la certificazione SOA per le sole categorie dei lavori OG3, OG7 e OG8, mentre le lavorazioni richieste dall'appalto ricadono nella categoria prevalente OS21; trattandosi di un requisito di idoneità professionale previsto dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006, era pertanto inapplicabile l'istituto dell'avvalimento. Inoltre essa avrebbe dovuto essere esclusa per mancato versamento del contributo obbligatorio dovuto all'ANAC, previsto a pena di esclusione dall'art. 12 m) del bando di gara.

6. All'udienza pubblica del 12 ottobre 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In ossequio al superiore principio di economia processuale (cfr Cons. St., sez. V, 31 agosto 2016, n. 3752) e della sua peculiare tutela nella materia *de qua*, può procedersi al prioritario

esame del ricorso principale che, ad avviso del Collegio, è infondato, con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale depositato dalla controinteressata.

7. Come già prefigurato in sede cautelare, va preliminarmente dichiarata inammissibile l'azione diretta ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto in controversia, previa rimodulazione della graduatoria per l'effetto dell'esclusione di una terza concorrente, dovendo applicarsi alla fattispecie il principio di intangibilità del calcolo della media delle offerte e della conseguente determinazione della soglia di anomalia delle stesse offerte sancito dall'art. 38, comma 2 bis ultimo periodo, del d.lgs. n. 163/2006 (sulla portata generale e sulla *ratio* di tale innovativa previsione normativa si richiama, ex art. 74 e 88 co. 2 lett. d) c.p.a., la recente decisione del Consiglio di Stato, sez. III, 05 ottobre 2016 n. 4107).

Come autorevolmente osservato, la norma introdotta nel 2014 costituisce il punto di equilibrio tra le modalità di tutela dell'interesse legittimo e l'esigenza di assicurare un adeguato grado di stabilità dell'azione amministrativa, laddove l'invalidità del provvedimento ritenuto lesivo è affidata esclusivamente alla rimodulazione delle medie dei ribassi e della conseguente soglia di anomalia, per effetto delle esclusioni di imprese diverse da quella aggiudicataria.

Peraltro, l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, da leggersi alla luce del principio di effettività della tutela ex art. 24 e 113 Cost. porta ad escludere che essa limiti anche la tutela per equivalente di natura risarcitoria (cfr. C.G.A.S. sentenza 22 dicembre 2015 n. 740).

L'azione di risarcimento è infatti ammissibile, sia in astratto, non ricadendo nella sfera di applicazione dell'art. 38 co. 2 bis D.Lgs. 163/2006, sia in concreto, per come formulata in questo giudizio.

Sul punto non possono infatti essere accolte le eccezioni di genericità e di mancato assolvimento dell'onere probatorio dedotte dall'amministrazione resistente.

Se è vero che, in sede di ricorso introduttivo, la ricorrente si è limitata a chiedere il risarcimento del danno derivato "per l'esercizio illegittimo dell'azione amministrativa", ritiene il collegio che dal tenore complessivo del ricorso e dalla connessione logica in via di subordinazione intercorrente tra la domanda di condanna al risarcimento del danno e quella principale di annullamento del provvedimento impugnato ex art. 29 c.p.a., siano sufficientemente integrati il *petitum* e la causa *petendi* dell'azione di condanna.

Peraltro, non sussistendo nel processo amministrativo preclusioni temporali in relazione alle deduzioni istruttorie, anche l'eccezione di mancato assolvimento dell'onere probatorio non può trovare accoglimento, avendo parte ricorrente, con la memoria depositata in data 26 settembre 2016, ampiamente articolato le sue argomentazioni sia in ordine all'entità che al quantum del danno di cui si chiede il ristoro.

L'esame delle censure sollevate da parte ricorrente, con riguardo al provvedimento di aggiudicazione, è pertanto funzionale ad accertare l'eventuale illegittimità di tale determinazione quale elemento presupposto della complessiva fattispecie illecita ex art. 2043 c.c. da attività amministrativa provvedimentoale.

8. Nel merito, le doglianze sintetizzate (cfr. supra punto 3) sono infondate.

8.1 In particolare, in relazione a quella concernente la concomitante partecipazione alla gara del Consorzio Stabile e di una sua consorziata indicata come esecutrice, indiscusso il principio del divieto di partecipazione congiunta testualmente previsto dall'art. 36 co. 5 D.Lgs. 163/2006, non è condivisibile la ricostruzione in fatto: la Santise Costruzioni s.r.l., non infatti presentato un'autonoma istanza di partecipazione, con relativa offerta economico, ma ha depositato presso la stazione appaltante dichiarazioni concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione quale "*impresa consorziata designata dal consorzio*". Tanto emerge sia dal documento concernente "*istanza e dichiarazioni consorziato*" del 18 novembre 2015 con il quale la società in questione chiede di partecipare "*come impresa consorziata Octopus Consorzio Stabile SCARL*" (all. 5 fascicolo parte ricorrente; in tale documento è peraltro contenuta anche la specifica dichiarazione di non partecipare alla gara in oggetto "*in proprio, o associata o consorziata ex art. 36 co. 5 del D.gs. 163/2006*"); sia dall'elenco redatto all'esito della gara delle ditte partecipanti, nel quale non si rinviene una posizione autonoma riferibile alla consorziata.

8.2 Quanto alla dedotta mancanza di valida certificazione SOA, per effetto della omessa richiesta di verifica triennale ex art. 77 DPR 207/2010 da parte di una delle consorziate, va osservato quanto segue.

La giurisprudenza ha ripetutamente sottolineato che per la qualificazione dei Consorzi Stabili ex art. 36 D.lgs. 163/2006 opera il principio del cumulo alla rinfusa dei requisiti dei consorziati, il quale va letto alla luce della *ratio* di tale forma di aggregazione di imprese, diretta a moltiplicare le *chance* di partecipazione alle gare degli operatori economici che, singolarmente considerati, non hanno le facoltà operative sufficienti. Calando tale principio alle specifica materia della qualificazione dei requisiti mediante le attestazioni SOA, ne consegue che, mancando una regolamentazione specifica sul punto, non è applicabile analogicamente alla qualificazione del Consorzio Stabile la disciplina analitica prevista per l'efficacia temporale delle certificazioni SOA in scadenza e l'onere della verifica triennale di cui agli artt. 76 e ss. DPR 207/2010. Al Consorzio Stabile che si avvale della certificazione SOA delle consorziate è infatti imposto l'onere di presentare l'istanza di aggiornamento entro il termine di presentazione dell'offerta. (TAR Valle d'Aosta, I, 18 settembre 2013 n. 58; T.A.R. Catania, sez. IV, 12 maggio 2015, n. 1212; da ultimo Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2015 n. 4971); in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento dell'attestazione può essere richiesto da parte del Consorzio stabile solo dopo che l'impresa consorziata colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione, essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere.

Nel caso specifico: la certificazione dell'impresa consorziata Geom. Silvio Mascaro aveva scadenza triennale al 28 settembre 2015 e il contratto risulta essere stato rinnovato il giorno dopo; l'istanza di adeguamento da parte del Consorzio Stabile è stata presentata in data antecedente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (fissato per il 24 novembre 2015) e a quella data il contratto di certificazione era già stato rinnovato da parte dello stesso Consorzio, come attestato dall'ente certificatore (all. 9 fascicolo parte resistente, dal quale si evince che "*in data 29 settembre 2015, il Consorzio Stabile ha stipulato l'istanza di*

aggiornamento della scadenza intermedia n.1195 (...) si precisa che alla data del 24 novembre 2015, data di scadenza offerte, per il Consorzio Octopus era in corso l'istruttoria del contratto 11965 del 29 settembre 2015").

Risultando pertanto tempestivamente ottemperato l'unico onere imposto al Consorzio ed essendo accertato che – mediante il rinnovo delle certificazione – non vi sia stata soluzione di continuità nel possesso dei requisiti oggetto di certificazione SOA, anche la censura diretta a far riverberare sulla qualificazione del Consorzio Stabile la scadenza triennale ex art. 77 del DPR 207/2010 della certificazione SOA della singola impresa non può essere accolta.

9. Deve pertanto ritenersi che l'attività provvedimento sia esente dalle censure di illegittimità avanzate dalla ricorrente, con conseguente rigetto della domanda di risarcimento del danno introdotta in via subordinata.

10. Al rigetto del ricorso principale consegue la dichiarazione di improcedibilità per mancanza di interesse del ricorso incidentale.

11. La regolamentazione delle spese segue il principio di soccombenza con condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente e della controinteressata, con liquidazione contenuta nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo rigetta;

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite, complessivamente liquidate in euro 2.000,00 in favore delle altre parti costituite in giudizio, nella misura di euro 1.000,00 ciascuno oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente FF

Francesco Tallaro, Referendario

Germana Lo Sapia, Referendario, Estensore

