

TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 12 giugno 2009, n.1220
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA, BRESCIA,
SECONDA SEZIONE
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 419 del 2007, proposto da:
D. Srl, rappresentato e difeso dagli avv. M.B., C.G., con domicilio
eletto presso C.G. in Brescia;

contro

Comune di S., rappresentato e difeso dagli avv. F.D., G.S., con
domicilio eletto presso E.C. in Brescia;

nei confronti di

M. Consorzio;

per l'annullamento, previa sospensione,
della determinazione 5 febbraio 2007 n°31, con la quale il Dirigente
responsabile del Servizio lavori pubblici del Comune di S. ha disposto
l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata dei lavori di messa
in sicurezza della strada A.-S. e costruzione di nuovo marciapiede;
degli atti connessi o attuativi, e in particolare del verbale di gara
20 dicembre 2006;
nonché per la condanna
dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di S.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14/05/2009 il dott.
Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti i difensori come
specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando 20 novembre 2006, il Comune di S. indiceva asta pubblica con
il metodo del massimo ribasso ed esclusione automatica delle offerte
anomale per affidare l'appalto delle opere relative alla messa in
sicurezza della strada A.-S. e alla formazione di un nuovo
marciapiede; in particolare prevedeva al punto 2, voce "offerta" e
lettera a 1) del bando stesso che il prezzo complessivo ed il ribasso
offerti dovessero essere indicati sia in lettere sia in cifre, e che
in caso di discordanza prevalesse il ribasso percentuale indicato in
lettere; prevedeva poi al punto 2) voce "documentazione" lettera b)
sempre del bando che ogni partecipante dovesse presentare
dichiarazione sostitutiva concernente "l'inesistenza di soggetti
cessati dalla carica di legale rappresentante o direttore tecnico nel
triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara",
ovvero in caso di loro esistenza la insussistenza a carico anche di
costoro di cause ostative alla partecipazione; prevedeva da ultimo al
titolo V del bando che l'adempimento appena descritto andasse
osservato a pena di esclusione (doc. 3 ricorrente, copia bando di
gara).

Espletata la procedura come da verbale 20 dicembre 2006, nel quale
erano ammesse tutte le partecipanti, operato il taglio delle ali e il
calcolo della soglia di anomalia, il Comune aggiudicava in via
definitiva la gara alla odierna controinteressata (doc. 2 ricorrente,
copia verbale citato; doc. 7 resistente, copia delibera di
aggiudicazione definitiva).

Avverso tale esito di gara, propone ora impugnazione la D. S.r.l., la
quale premette di avere partecipato alla gara, come non è contestato,

e di avere interesse al ricorso perché, se lo stesso fosse accolto, si dovrebbe procedere ad un diverso calcolo della soglia di anomalia, che la vedrebbe vincitrice (doc. 10 ricorrente, simulazione di calcolo in proposito); deduce poi due distinti motivi di ricorso, precisando di avere già sottoposto, senza esito positivo, i relativi fatti all'amministrazione per indurla a determinarsi in via di autotutela (doc. ti 8 e 1 ricorrente, copia lettera al Comune e risposta dell'ente):

- con il primo motivo, deduce violazione dell'art. 90 D.P.R. 554/1999, avendo rilevato che due partecipanti, le imprese I. S.p.a. e I. S.r.l., avevano indicato nell'offerta percentuali di ribasso diverse in lettere e in cifre, e che a suo avviso illegittimamente la commissione di gara aveva valorizzato l'importo in cifre anziché quello in lettere;

- con il secondo motivo, deduce violazione dei suindicati articoli del bando di gara, per asserita omessa presentazione della dichiarazione relativa a eventuali soggetti cessati dalla carica di legale rappresentante o direttore tecnico da parte di tre altre partecipanti, le imprese A., P. e S.

Con memoria 7 maggio 2009, la ricorrente ha ribadito le proprie ragioni.

Si è costituito il Comune intimato con memorie 7 maggio e 4 giugno 2007 ed ha chiesto che il ricorso sia respinto; ha osservato che la regola della prevalenza del ribasso in lettere si dovrebbe applicare in ipotesi, asseritamente diverse dalla presente, in cui vi fosse effettiva discordanza fra i due importi, e non quando la discordanza stessa, come ritenuto nella specie, potesse agevolmente interpretarsi come frutto di errore; ha ancora dedotto (v. memoria 7 maggio 2007 pag. 10 in alto) che le dichiarazioni ritenute mancanti, denominate "modello B 1 bis" sarebbero invece state presenti agli atti (doc. ti 17, 18 e 19 resistente), come già rappresentato alla ricorrente nella risposta alla sua nota sopra citata; ha evidenziato che, ove ritenuta legittima l'ammissione delle imprese A., P. e S. il ricorso sarebbe privo di interesse, perché la D. non risulterebbe comunque vincitrice; ha aggiunto infine che una eventuale mancanza dei modelli B 1 bis non sarebbe vizio della procedura, in quanto gli stessi conterrebbero dichiarazioni desumibili anche da altri allegati alla domanda.

Respinta l'istanza cautelare, reiterata con memoria 21 maggio 2007, come da ordinanze 10 maggio 2007 n°368 e 21 maggio 2007 n°462, all'udienza del giorno 14 maggio 2009 la Sezione tratteneva il ricorso in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va accolto, nei limiti e per le ragioni di seguito precisate.

1. In primo luogo, il ricorso va dichiarato inammissibile in quanto si riferisce al verbale di gara 20 dicembre 2006, che è pacificamente atto istruttorio, di natura endoprocedimentale, non di per sé lesivo e quindi non impugnabile come tale. Si tratta invece di stabilire, e ciò costituisce il merito del ricorso, del quale subito si dirà, se sia o no illegittimo il provvedimento finale, ovvero la aggiudicazione alla controinteressata.

2. Nel merito, risulta allora fondato il primo motivo di ricorso. La norma in esso citata, ovvero l'art. 90 del D.P.R. 554/1999, prevede in termini molto chiari un criterio legale di interpretazione delle offerte, e in caso di discordanza fra l'importo in cifre e quello in lettere fa prevalere quest'ultimo; ciò non per una scelta di carattere arbitrario -per quanto sia dato di comune esperienza che scrivere un importo in lettere richiede maggiore applicazione, e quindi è statisticamente meno soggetto ad errore- ma per un coordinamento con

la norma successiva dello stesso articolo, secondo la quale, dopo l'aggiudicazione, la commissione procede al controllo dei prezzi offerti e corregge eventuali errori di calcolo proprio in base alla percentuale di ribasso indicata in lettere (in tali precisi termini, TAR Veneto sez. I 20 ottobre 2004 n°3740). Nel caso di specie, quindi, è stato correttamente censurato l'operare della commissione, la quale, anziché applicare il criterio legale di cui sopra, ha ritenuto di valorizzare il prezzo espresso in cifre, sovrapponendo una propria valutazione a quella legale.

3. E' fondato anche il secondo motivo di ricorso. In primo luogo, non risponde a verità quanto asserito a p. 10 della memoria 7 maggio 2007 dell'amministrazione intimata e già esposto in narrativa, ovvero che i documenti mancanti, i modelli B 1 bis di cui si è detto, sarebbero in realtà risultati presenti agli atti della gara: i documenti 17, 18 e 19 della resistente, pure già citati, ai quali il passo della memoria fa rinvio, altro non sono infatti che le copie dei modelli B1, pure richiesti per partecipare alla gara, ma aventi un contenuto diverso.

4. In tali termini, va allora osservato che la necessità di presentare il modello B 1 bis a pena di esclusione deriva da una clausola del bando non contestata, è stata quindi ritenuta dalla stessa amministrazione appaltante (v. doc. 3 ricorrente cit. in narrativa), ed integra un apprezzamento che questo Giudice non può stravolgere - così nei termini C.d.S. sez. IV 9 dicembre 2002 n°6675- con la conseguenza che effettivamente le imprese A., P. e S. andavano escluse.

5. Da quanto appena esposto in ordine ai motivi di ricorso accolti, deriva poi che la ricorrente, ove la commissione avesse operato secondo legge, sarebbe riuscita vincitrice: da un lato, la gara doveva essere aggiudicata con un criterio meramente matematico, che esclude apprezzamenti discrezionali dell'appaltante; dall'altro il prospetto di calcolo di cui in narrativa, ovvero il doc. 10 della ricorrente, non è stato contestato da alcuna controparte. Ne deriva quindi che la D., avendo dimostrato di aver titolo al bene della vita sotteso all'interesse pretensivo azionato impugnando l'esito di gara, ha titolo ad ottenere il risarcimento del danno relativo, sulla scorta dell'insegnamento di C.d.S. a.p. 3 dicembre 2008 n°13. Va in conclusione accolta anche la domanda risarcitoria, nei termini e con le precisazioni di cui appresso.

6. In primo luogo, quanto appena esposto dimostra l'esistenza dell'elemento materiale dell'illecito, ovvero della lesione ad un interesse tutelato dalle norme giuridiche. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, esso senza dubbio sussiste sotto il profilo della colpa, ovvero di una negligenza: la D., come esposto in narrativa, non ha mancato di rappresentare in modo tempestivo e leale all'amministrazione i vizi poi fatti valere in sede giurisdizionale, e di sollecitare un tempestivo esercizio dell'autotutela, senza però ricevere dal Comune alcun positivo riscontro (doc. ti 8 e 1 ricorrente citati, copia lettera al Comune e risposta dell'ente). Ciò senza dubbio integra una negligenza da parte dell'amministrazione, perché a fronte di dettagliate e fondate considerazioni sul proprio operato è doveroso prenderne atto e cercare di limitarne le conseguenze negative.

7. La D., ciò posto, non può ottenere in via diretta il bene della vita per la cui tutela ha agito, ovvero la concreta aggiudicazione del contratto e la possibilità di eseguirlo. Che ciò sia ad oggi possibile non è stato asserito da alcuno, e secondo comune esperienza deve escludersi, perché a due anni dalla gara di appalto e in assenza di una sospensiva è ragionevole pensare che i lavori siano per lo meno giunti ad uno stato avanzato, e un tanto esclude il subentro di una

ditta diversa, dato che opera il principio generale per cui il creditore, nella specie chi avrebbe titolo per eseguire il lavoro per intero in luogo dell'aggiudicataria, non può essere costretto ad accettare un bene diverso, ovvero l'esecuzione di lavori in parte già iniziati: sul principio, v. C.d.S. sez. VI 10 novembre 2004 n°7256.

8. La D., in dipendenza da quanto sopra, che attiene propriamente all'effetto ripristinatorio della sentenza, ritenuto non possibile in fatto, ha allora titolo per ottenere il pieno risarcimento per equivalente pecuniario, commisurato non al ritardo nel conseguire il bene della vita, ma all'utile che avrebbe ricavato aggiudicandosi lo stesso, ovvero l'appalto, da liquidare peraltro secondo equità ai sensi dell'art. 1226 c.c. in mancanza di una prova rigorosa. Sulla scorta dell'insegnamento di C.d.S. sez. IV 11 ottobre 2006 n°6059, dato che la ricorrente non ha dato prova di un inutilizzo delle risorse aziendali che avrebbe destinato ad eseguire l'appalto per cui è causa, si stima equo un risarcimento pari al tre per cento dell'importo dell'offerta, oltretutto in linea con quelli che per comune esperienza sono i livelli di utile assicurati sul mercato per i lavori del tipo in questione. Tale importo, trattandosi di risarcimento, va maggiorato di interessi e rivalutazione così come in dispositivo.

9. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente il ricorso, e per l'effetto: annulla la determinazione 5 febbraio 2007 n°31 del Dirigente responsabile del Servizio lavori pubblici del Comune di S.; dichiara inammissibile il ricorso quanto al verbale di gara 20 dicembre 2006; condanna il Comune di S. a risarcire alla D. S.r.l. il danno, che liquida equitativamente nel 3% (tre per cento) dell'offerta presentata dalla ricorrente oltre interessi legali e rivalutazione dalla data della presente sentenza al saldo effettivo; condanna il Comune di S. a rifondere alla D. S.r.l. le spese del presente giudizio, che liquida in € 5.000 (cinquemila) oltre IVA e CPA di legge; compensa le spese nei confronti della controinteressata M. S.c. a r.l..

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario, Estensore