



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 la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1320 del 2007, proposto da:
Soc. G.I. General Impianti S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Danilo Checcucci e Michele De Cilla, con
domicilio eletto presso il primo in Firenze, via Duca D'Aosta 10;

contro

la Provincia di Lucca in persona del Vicepresidente pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avv. Alberto Del Carlo, con domicilio eletto presso Gaetano Viciconte
in Firenze, viale G. Mazzini n. 60;

nei confronti di

Ditta Merlo Lino Impianti S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Gallenca, con domicilio ex lege presso la
Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli n. 40;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del verbale di gara del 23.01.2007, conosciuto in seguito ad accesso agli atti in
data 10.07.2007, con il quale la Commissione di gara aggiudicava, con riserva, alla
Ditta Merlo Lino Impianti Srl di Torino, la gara per la ristrutturazione della
centrale termica presso l'I.T.I. "E. Fermi" di Lucca;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, non conosciuto ed ove intervenuto medio tempore, nonchè l'eventuale contratto di appalto, ove medio tempore sottoscritto, ivi compresa la consegna dei lavori;

- di ogni altro atto, ancorchè ignoto o non conosciuto, preordinato, conseguente o comunque connesso;

e con motivi aggiunti depositati in data 5 ottobre 2007 per l'annullamento della Deliberazione n. 55 del 27.3.2007 di aggiudicazione definitiva mai conosciuta prima di allora dalla società ricorrente nè mai comunicata alla medesima

e per il risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Lucca e della Ditta Merlo Lino Impianti S.r.l.;

Visto il ricorso per motivi aggiunti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10/12/2008 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La Provincia di Lucca ha indetto una gara di appalto per l'aggiudicazione dei lavori di ristrutturazione della centrale termica dell'epigrafato istituto scolastico, da affidare con procedura aperta secondo il criterio del prezzo più basso. La ricorrente è risultata seconda classificata in graduatoria, e con ricorso notificato il 27 luglio 2007 e depositato il 2 agosto 2007 ha impugnato gli atti di gara per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Con motivi aggiunti notificati il 27 settembre 2007 e depositati il 5 ottobre 2007 l'impugnazione è stata estesa al provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Si sono costituiti la Provincia di Lucca e la Ditta Merlo Lino impianti s.r.l. controinteressata, chiedendo l'irricevibilità e comunque la reiezione del ricorso nel merito.

Con ordinanza n. 782 del 6 settembre 2007 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione.

All'udienza del 10 dicembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Nella presente controversia si discute dello svolgimento di una procedura aperta di gara per l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di lavori pubblici.

La ricorrente si duole della mancata esclusione dell'aggiudicataria sotto diversi profili. In primo luogo lamenta che la documentazione da questa presentata non sia stata sottoscritta dal suo legale rappresentante e che non ne sia stato indicato il nome nemmeno nel modello di dichiarazione predisposto dalla stazione appaltante. Sotto diverso profilo si duole che non sia stata prodotta la dichiarazione sostitutiva concernente il possesso dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alla gara da parte del legale rappresentante e del responsabile tecnico dell'aggiudicataria.

Con motivi aggiunti impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva sia perché affetto da illegittimità derivata, sia perché l'Amministrazione non avrebbe verificato la legittimità del procedimento di gara in sede di adozione del medesimo.

Formula inoltre richiesta di risarcimento danni.

La Provincia intimata replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente evidenziando, in particolare, che in forza di apposita delega il potere di rappresentanza sarebbe intestato in capo al sottoscrittore della documentazione presentata dall'aggiudicataria.

La controinteressata eccepisce anche la tardività del ricorso poiché la stazione appaltante, con nota del 22 febbraio 2007, ha comunicato alle concorrenti l'avvenuta aggiudicazione: da tale momento sarebbe quindi decorso il termine decadenziale.

2. Deve essere respinta l'eccezione di tardività formulata dalla controinteressata poiché risulta dagli atti di causa che la ricorrente, con note dell'intimata Provincia

in data 22 febbraio 2007 a lei indirizzate per conoscenza, ha avuto cognizione dell'aggiudicazione provvisoria ma non di quella definitiva. Per l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, cui questo Collegio ritiene di aderire, l'aggiudicazione provvisoria non consolida la lesione in capo al concorrente non aggiudicatario poiché questa, ai sensi dell'art. 12, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è soggetta ad approvazione della stazione appaltante: il provvedimento di approvazione non costituisce un atto vincolato, poiché in esso si esprime un'ulteriore valutazione della stazione appaltante circa la regolarità nello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto, dovendo quindi essa svolgere nuove ed autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria (C.d.S. V, 9 ottobre 2007 n. 5253), tant'è che l'impugnazione di questa è considerata una mera facoltà mentre è sempre necessario che il concorrente non aggiudicatario impugni l'aggiudicazione definitiva (T.A.R. Campania Salerno I, 6 giugno 2007 n. 724).

Nel caso di specie, per di più, nelle citate note della Provincia intimata il diritto di accesso alle offerte dei concorrenti veniva differito fino all'approvazione dell'aggiudicazione e pertanto, fino a tale momento, la ricorrente non avrebbe potuto avvedersi di eventuali vizi nell'ammissione alla gara dell'impresa controinteressata. Dagli atti depositati in giudizio non risulta che la ricorrente abbia avuto cognizione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, né conoscenza degli atti di gara da cui evincerne l'eventuale illegittimità, prima del momento da lei stessa indicato, vale a dire il 10 luglio 2007. Il ricorso deve pertanto essere dichiarato ricevibile.

3. Nel merito il ricorso è fondato. Ritiene infatti il Collegio che la disposizione contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. 163/06 debba essere interpretata nel senso che l'esclusione dalla gara di appalto dei concorrenti costituiti in forma di società a responsabilità limitata opera laddove alcuna delle condanne ostative sia stata pronunciata nei confronti di uno qualunque degli amministratori muniti del potere di rappresentanza, i quali sono pertanto tutti tenuti a rendere la relativa dichiarazione sostitutiva.

Risulta dal certificato camerale della controinteressata che il potere di rappresentanza era conferito non solo al soggetto che ha reso la dichiarazione, sig. Merlo Luca, ma anche al presidente del consiglio di amministrazione, sig.ra Rossari Franca, la quale dunque a sua volta avrebbe dovuto rendere la dichiarazione circa l'insussistenza di condanne ostative a suo carico, a nulla valendo la circostanza che al primo fossero stati conferiti poteri di rappresentanza per una vasta categoria di atti, attenendo la dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale a stati e fatti personali della cui veridicità il soggetto interessato, con la sottoscrizione, assume piena personale responsabilità.

L'accoglimento del presente motivo comporta l'invalidità ed il conseguente annullamento dei provvedimenti successivi all'ammissione alla gara della controinteressata, ed in particolare dell'aggiudicazione provvisoria e di quella definitiva. Il Collegio ritiene pertanto di assorbire le restanti doglianze proposte dalla ricorrente.

Quanto alla richiesta risarcitoria, la stessa appare fondata poiché l'illegittimità compiuta dalla stazione appaltante ha impedito alla ricorrente di accedere al bene della vita correlato all'interesse legittimo leso, e sotto il profilo soggettivo, trattasi di violazione di una norma di legge e di bando chiara nella sua formulazione, che denota una colpa grave in capo alla stessa. La recente (all'epoca dello svolgimento della gara) entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici costituisce giusto motivo solo per la compensazione delle spese di causa

L'avvenuta ultimazione dei lavori dimostrata dal certificato in atti rende peraltro praticabile la sola forma del risarcimento per equivalente. A questo proposito il Collegio rileva che la gara in questione si è conclusa, come si evince dal verbale in data 19 dicembre 2006, con l'offerta dell'impresa ricorrente classificata al secondo posto in posizione di parità con quella formulata dalla concorrente impresa Mallardo Impianti S.r.l.: ne segue che laddove l'impresa controinteressata fosse correttamente stata esclusa dalla procedura, per individuare l'aggiudicataria si sarebbe dovuto procedere a sorteggio. L'accesso all'appalto da parte della ricorrente, laddove la gara fosse stata correttamente condotta, può quindi essere predicato solo in termini di probabilità e non di certezza, e pertanto il risarcimento a suo favore può avere ad oggetto unicamente la probabilità del conseguimento dell'aggiudicazione. La base di calcolo sarà il 10% dei quattro quinti della somma posta a base di gara, diminuita del ribasso d'asta offerto dalla ricorrente, e su tale somma occorrerà effettuare un'ulteriore decurtazione della metà, essendo la probabilità di conseguire l'appalto pari al 50%, stante la posizione di parità con la Mallardo Impianti S.r.l. La somma dovrà poi essere rivalutata a decorrere dal 23 gennaio 2007, giorno di perfezionamento dell'aggiudicazione illegittima alla controinteressata, mentre non dovranno essere corrisposti interessi legali perché gli stessi non sono stati oggetto di specifica richiesta da parte della ricorrente in sede processuale. Non dovranno essere tenute in considerazione le spese di partecipazione alla gara poiché di esse non è stata fornita prova.

Non possono essere prese in considerazione, ai fini della quantificazione del danno, le allegate rinunce a partecipare ad altre gare ad evidenza pubblica: esse infatti sono state effettuate dopo la proposizione del presente ricorso ed è dubbio che la ricorrente, se fosse risultata aggiudicataria nella gara de qua, avrebbe potuto partecipare a quelle oggetto di rinuncia. Manca nel caso di specie la dimostrazione

di un nesso causale tra il fatto illecito della stazione appaltante e il danno lamentato.

Non può prendersi in considerazione nemmeno la dichiarazione del legale rappresentante della ricorrente circa la quantificazione del danno da mancato utile, trattandosi di una mera dichiarazione unilaterale.

4. In conclusione, il ricorso deve essere accolto per i motivi sopraesposti con assorbimento delle ulteriori doglianze, annullamento dei provvedimenti impugnati e condanna della Provincia di Pistoia al risarcimento dei danni come da motivazione. Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di causa, per le ragioni di cui in motivazione.

Gli atti del presente processo vengono trasmessi alla competente Procura della Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità per danno erariale.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Sez. II, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna la Provincia di Lucca al risarcimento dei danni come da motivazione.

Spese compensate.

Manda alla Segreteria di trasmettere gli atti alla competente Procura della Corte dei Conti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10/12/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO