

Laddove l'art. 28 del D.p.r. 34/2000 (cd decreto Bargone) stabilisce che le imprese "possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo: a) importo dei lavori eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare" si deve intendere che l'importo richiesto (la cui dimostrazione deve essere fornita) è quello a base d'asta altrimenti non si capirebbe la ratio del sorteggio di cui all'articolo 10 comma 1 quater (ora art 48 del decreto legislativo 163/2006) che deve avvenire prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica:

Appare interessante la fattispecie sottoposta al Tar Basilicata, Potenza n. 514 del 18 agosto 2006, *** quale, un Comune, erroneamente, conteggia gli importi dei lavori eseguiti da una ditta partecipante, credendo che la cifra da raggiungere debba riferirsi all'importo dei lavori aggiudicati e non a quelli a base d'asta:

< l'art. 28 del D.p.r. 34/2000 (cd decreto Bargone) , là dove fa riferimento all'importo di lavori eseguiti nel quinquennio non inferiore a quello del contratto da stipulare deve interpretarsi in senso logico come importo non inferiore a quello dell'appalto (cioè l'importo a base d'asta e non a quello da aggiudicare), unico criterio veramente oggettivo accettabile dato che, diversamente, non potrebbe concretamente essere oggetto di verifica il possesso di tale requisito in sede di esercizio della modalità di cui all'articolo 10 comma 1-quater della legge n. 109/94, per sua natura da effettuarsi anteriormente all'apertura delle buste contenenti le offerte

Inoltre la predetta sentenza merita di essere segnalata per alcuni importanti insegnamenti in tema di termini per la presentazione dei ricorsi:

- √ <tema di gare d'appalto, il termine d'impugnazione non decorre dall'aggiudicazione provvisoria bensì da quella definitiva, atteso chè dalla prima conseguono soltanto effetti prodromici, avendo tale atto natura endoprocedimentale, inidoneo cioè a produrre la definitiva lesione alla ditta che non è risultata vincitrice, ed essendo l'aggiudicazione definitiva un atto che, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale comporta, comunque, una nuova ed autonoma valutazione
- √ Ciò chiarito, occorre pure precisare che, nelle pubbliche gare d'appalto, il termine per l'impugnazione decorre, per i soggetti partecipanti non vincitori, dal momento in cui costoro ricevono notifica o specifica comunicazione individuale del provvedimento lesivo, non essendo all'uopo sufficiente la mera pubblicazione all'albo
- √ nulla toglie ovviamente però che il detto termine decorra dal momento anteriore in cui il concorrente abbia acquisito piena conoscenza degli elementi essenziali dell'aggiudicazione definitiva, sempre che tale conoscenza sia adeguatamente comprovata dal soggetto che eccepisce la tardività >

in quanto al risarcimento del danno, l'adito giudice riconosce all'impresa ricorrente:

< Per determinare l'ammontare del risarcimento dovuto dalla p.a. in relazione alla responsabilità per illegittima mancata adozione del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, trattandosi di un danno di incerto ammontare, il giudice può esercitare la facoltà di cui all'art. 1226 c.c., liquidandolo in via equitativa: il criterio che deve presiedere a tale valutazione deve essere individuato, sulla scorta della più recente giurisprudenza amministrativa, *** disposizione di cui all'art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F, che determina il quantum dovuto all'impresa appaltatrice nel 10%

dell'ammontare fissato dall'offerta della stazione appaltante, come utile presunto, da calcolarsi al lordo della imposizione fiscale, oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria in quanto debito di valore>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da *** Domenico rappresentato e difeso dall'Avv. Gerardo Santorsa e con lo stesso elettivamente domiciliato in Potenza al corso 18 agosto n. 8

CONTRO

Il Comune di Marsico Nuovo in persona del sindaco p.t. rappresentato e difeso dall'Avv. Vincenzo Savino e con lo stesso elettivamente domiciliato nel di lui studio in Potenza, via del Gallitello n. 177

e nei confronti

della ditta *** s.n.c. in persona del legale rappresentante p.t., n.c.

per l'annullamento

previa sospensiva della determina n. 446 -111 del 25/10/05 del responsabile area tecnica ing. A. Coltella, all'istante consegnata in fotocopia soltanto nei giorni immediatamente precedenti Natale 2005, portante approvazione dei verbali di gara a data 27/9/05, 28/9/05 e 13/10/05, essi pure ricevuti in copia in pari data, nonché affidamento lavori di riqualificazione del centro storico Rione Civita alla ditta *** s.n.c. ed autorizzazione alla stipula del contratto con la ditta aggiudicataria;

-del presupposto atto di gara 13/10/05 portante aggiudicazione definitiva dei lavori di che trattasi alla medesima *** s.n.c.

Con ogni consequenziale effetto in ordine al contratto per l'affidamento dei lavori eventualmente già stipulato.

Con condanna del Comune di Marsico Nuovo alla reintegrazione in forma specifica in favore di esso ricorrente ovvero, in subordine, alla reintegrazione in forma specifica per la quota dei lavori non ancora eseguiti in una al risarcimento dei danni per equivalente monetario dei danni tutti patiti e patienti dalla ricorrente ditta *** Domenico.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Marsico Nuovo;

Vista l'ordinanza collegiale n. 11 dell'8 marzo 2006 di fissazione dell'udienza di discussione del gravame;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi gli avvocati come da verbale alla pubblica udienza dell'11 maggio 2006 - relatore il magistrato Pennetti -;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con bando del 12 agosto 2005 e successiva rettifica del 24/8/05 il Comune intimato ha indetto una gara mediante pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di riqualificazione del centro storico Rione Civita che è stata aggiudicata alla controinteressata mentre la ricorrente, che ha pure partecipato, si è classificata seconda.

Precisa quest'ultima che, dopo aver preso cognizione della aggiudicazione provvisoria e aver inviato i documenti richiestigli, ha cercato ripetutamente presso gli uffici comunali di ottenere informazioni sull'evolversi della vicenda e solo il 18 novembre veniva a conoscenza dell'esito della gara ma senza possibilità di visionarne gli atti tant'è che seduta stante depositava formale richiesta in tal senso.

In mancanza di riscontro, la ditta ricorrente, in data 28/11/05, rinnovava l'istanza di accesso specificamente chiedendo il rilascio della documentazione prodotta dalla controinteressata, dei verbali e delle determine adottate. Persistendo il silenzio, *** seconda metà di dicembre si contattava il responsabile dell'area tecnica e nei giorni successivi si conseguivano i verbali di gara e la determina di affidamento.

Già dal confronto fra il verbale del 28/9/05 e di quanto conosciuto dal ricorrente si è arrivati alla conclusione che la controinteressata, poichè priva del requisito del possesso della categoria OG3, avrebbe dovuto essere esclusa al pari di altre concorrenti che tale sorte hanno avuto.

In ogni caso ulteriori richieste di accesso venivano di fatto o negate o eluse fino al 17/1/06 quando finalmente la p.a. consentiva l'accesso alla documentazione presentata dalla controinteressata e dalle altre ditte escluse.

Col presente gravame, notificato il 4/2/06 e depositato il 6/2/06, si deduce quanto segue:

A) violazione e falsa applicazione delle norme di legge in materia di partecipazione alle gare- violazione della lex specialis di gara- violazione delle prescrizioni di cui alla nota n. 11207 del 29/9/05. In particolare, violazione dell'art. 10 co. 1 quater e della lex specialis in ordine alla comprova entro 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa- eccesso di potere per il travisamento e/o falsa rappresentazione dei fatti, carenza d'istruttoria, illogicità manifesta e contraddizione manifesta.

Premette il ricorrente che il bando, poi rettificato, indicava come categoria prevalente la OG10, che l'importo complessivo dell'appalto (compresi gli oneri per la sicurezza) ammontava a €138.278,80 e che, in caso di concorrente privo di attestazione SOA occorreva possedere i requisiti di cui all'articolo 28 d.p.r. n. 34/00 in misura non inferiore a quanto previsto dal medesimo articolo 28 e, quanto a quello di cui all'art. 28 co. 1 lettera a), riferito a lavori della natura prevalente. Ciò detto, la controinteressata avrebbe prodotto 8 certificati di esecuzione dei lavori eseguiti nel quinquennio, di cui uno recante un errore di contabilizzazione e uno addirittura nullo, da cui risulta che il requisito "de quo" non è posseduto;

B) violazione e/o falsa applicazione delle norme di legge in materia di partecipazione alle gare- violazione della lex specialis di gara- violazione delle prescrizioni di cui alla nota n. 11207 del 29/9/05. In particolare, violazione dell'art. 10 co. 1 quater e della lex specialis in ordine alla comprova, entro 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa- eccesso di potere per travisamento e/o falsa rappresentazione dei fatti, carenza di istruttoria, irragionevolezza, contraddizione manifesta, ingiustizia manifesta.

Si lamenta che, in contrasto con la disciplina desumibile dall'art. 13 co. 7 l.n. 109/94 come successivamente modificato in materia di subappalto, dall'art. 72 e 74 del d.p.r. 554/99 e dall'art. 18 l.n. 55/90 e dall'art. 30 d.p.r. n. 34/00 nonché dal bando e dal disciplinare di gara (punto 3 lett. W), la controinteressata, diversamente da altre ditte partecipanti versanti *** medesima condizione, pur non in possesso di alcuna attestazione SOA, avendo dichiarato di voler eventualmente subappaltare la posa in opera di scavi e ripristini e pavimentazione, si è vista ammettere e aggiudicare la gara, probabilmente perché non ha dichiarato di non possedere i requisiti di cui alla categoria OG3 (i cui lavori non sono nell'oggetto sociale della società e comunque non sono dalla stessa esercitati, neppure come categorie assimilate).

Sarebbe assurdo che le imprese in possesso di attestazione SOA afferente la categoria prevalente ed addirittura anche una categoria assimilata a quella non prevalente debbano essere escluse in ragione del divieto di subappalto mentre un'impresa non in possesso di attestazione SOA, riservatasi il ricorso al subappalto, possa in ipotesi effettuare direttamente opere generali (OG3) senza neppure possedere il requisito di cui al citato art. 28 co. 1 lett. A);

C) violazione e/o falsa applicazione delle norme in materia di dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale- violazione delle prescrizioni di cui alla nota n. 11207 del 29/11/05.

La controinteressata non avrebbe, entro il termine di 10 giorni dalla richiesta di cui alla nota comunale del 29/11/05, prodotto la documentazione afferente la correttezza contributiva e assistenziale;

D) violazione di legge sub specie art. 30 co. 1 della l n. 109/94 ed art. 100 co. 2 del d.p.r. 554/99- violazione della lex specialis di gara sub specie punto n 8 del bando e punto 5 del disciplinare.

La controinteressata non ha prodotto le dichiarazioni di impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione, una fideiussione o polizza relativa alla cauzione definitiva.

Si è costituito il Comune intimato che resiste e deduce la tardività, l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame.

Non si è costituita la controinteressata aggiudicataria della gara.

Con ordinanza collegiale n. 11/06 è stata fissata l'udienza di discussione del gravame.

Alla pubblica udienza dell'11 maggio 2006 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente esaminata l'eccezione di tardività del gravame sollevata dal comune di Marsiconuovo sull'assunto che la notifica del ricorso è avvenuta il 4/2/06 mentre il verbale di aggiudicazione provvisoria è del 28/9/05 e la determina di aggiudicazione definitiva è del 25/10/05. A nulla varrebbe il rilievo del ricorrente di essere entrato in possesso della documentazione di gara solo a fine dicembre 2005 dato che, in quanto seconda classificata, la ricorrente ha avuto, con nota del 29/9/05, notizia ufficiale dell'esito della gara tanto che ha prodotto, entro i successivi 10 giorni, i documenti previsti dalla legge e da quella data decorerebbe il termine d'impugnativa. In ogni caso -si osserva- la determina di aggiudicazione definitiva (n. 406 del 25/10/05) è stata pubblicata all'albo dell'ente in data 27/10/05 per 15 giorni consecutivi, cioè fino a tutto il 10/11/05; a prendere come "dies a quo" tale ultima data il termine per ricorrere sarebbe scaduto il 10/1/06.

L'eccezione va respinta.

Quanto alla sua prima parte deve in primo luogo ribadirsi che, in tema di gare d'appalto, il termine d'impugnazione non decorre dall'aggiudicazione provvisoria bensì da quella definitiva, atteso che dalla prima conseguono soltanto effetti prodromici, avendo tale atto natura endoprocedimentale, inidoneo cioè a produrre la definitiva lesione alla ditta che non è risultata vincitrice, ed essendo l'aggiudicazione definitiva un atto che, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale comporta, comunque, una nuova ed autonoma valutazione (cfr. Cons. St., V, 24/3/06 n. 1525; V, 9/6/03 n. 4243).

Ciò chiarito, occorre pure precisare che, nelle pubbliche gare d'appalto, il termine per l'impugnazione decorre, per i soggetti partecipanti non vincitori, dal momento in cui costoro ricevono notifica o specifica comunicazione individuale del provvedimento lesivo, non essendo all'uopo sufficiente la mera pubblicazione all'albo (cfr. Cons. St., II 15/2/06 n. 4381/03; T.A.R. Sicilia, Catania, II, 13/3/06 n. 398); nulla toglie ovviamente però che il detto termine decorra dal momento anteriore in cui il concorrente abbia acquisito piena conoscenza degli elementi essenziali dell'aggiudicazione definitiva, sempre che tale conoscenza sia adeguatamente comprovata dal soggetto che eccepisce la tardività (cfr. Cons. St., II, cit.).

Ora, *** fattispecie, il ricorrente ha precisato di non aver ricevuto alcuna comunicazione individuale dell'aggiudicazione definitiva e di aver appreso solo in data 18/11/05 in via meramente informale (stante pure l'avvenuto decorso del periodo di pubblicazione della determina di aggiudicazione definitiva) dell'esito della gara senza però riuscire a ritirare o visionare la relativa documentazione. Le istanze di accesso presentate non sortivano effetto alcuno e solo "**** seconda metà di dicembre 2005" riusciva ad ottenere copia della citata determina e dei verbali di gara sulla base dei quali maturava i propri dubbi circa la legittimità dell'ammissione della controinteressata; soltanto a metà gennaio 2006 poteva finalmente acquisire, dopo ulteriori richieste, la documentazione prodotta dall'aggiudicataria in sede di gara.

Se questi sono i fatti -e la difesa comunale non ne oppone di diversi sottraendosi all'onere della prova gravante su chi eccepisce la tardività del gravame- allora risulta evidente la tempestività del gravame (notificato il 4/2/06) dato che una qualche significativa conoscenza dell'atto lesivo non può che risalire al più alla seconda metà di dicembre dell'anno scorso e non prima. Del resto il Collegio condivide quella giurisprudenza che subordina la sussistenza della piena conoscenza, ai

fini della decorrenza del termine di proposizione del ricorso, alla circostanza che gli interessati siano concretamente edotti non solo dell'esito del procedimento, ma anche del discorso giustificativo che lo correda, in modo da potere individuare *** statuizione gli estremi sostanziali della lesione subita (cfr. Cons. St., VI, 30/7/03 n. 4380).

Relativamente al merito il ricorso è fondato -nei termini che seguono- con riferimento al primo, assorbente motivo.

Deve premettersi che il bando di gara, come rettificato, dopo aver individuato (al punto 3.3) *** categoria di lavori OG10 quella prevalente e fissato in euro 138.278,80 l'importo complessivo dell'appalto, ai fini della partecipazione alla gara ha chiesto, in ipotesi di concorrente privo di attestazione SOA, il possesso dei "requisiti di cui all'articolo 28 del d.p.r. n.34/00 in misura non inferiore a quanto previsto dal medesimo articolo 28; il requisito di cui all'art. 28 comma 1 lettera a) deve riferirsi a lavori della natura indicata al punto 3.3 del presente bando".

Il disciplinare, a sua volta, al punto 3 lett j, prescrive ai candidati privi di SOA la attestazione "di possedere i requisiti di cui all'art. 28 del d.p.r. n. 34/00 in misura non inferiore a quanto previsto al medesimo art. 28".

E l'articolo 28 citato stabilisce che le imprese "possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo: a) importo dei lavori eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare".

Ora, a seguito della richiesta effettuata dalla stazione appaltante con nota del 29/9/05 la impresa aggiudicataria ha prodotto n. 8 certificati di esecuzione dei lavori eseguiti nel quinquennio che, nel loro insieme, non concretizzano il requisito richiesto dalla citata norma regolamentare; infatti, dall'esame della documentazione prodotta dall'amministrazione si evince che l'ammontare di lavori nel quinquennio pari ad euro 143.771,63 che la difesa comunale, *** memoria del 21/2/06, asserisce avere accertato, in realtà non ricorre dato che, pur prendendo in considerazione sia quelli riferiti alla categoria OG10 e sia quelli riferiti alla categoria OG11 (assimilabili ai primi in base a prescrizione del disciplinare, pag. 6), si arriva ad un massimo di complessivi euro 118.114,09 in quanto non può tenersi conto del certificato rilasciato dal Comune di Cittadella che, riguardando lavori delle categorie OG10 e OG1 (per un totale di euro 25.657,54), non reca attribuzione del corrispettivo ad una o ad altra di dette categorie.

Al citato importo complessivo possono tutt'al più aggiungersi 13.259 euro desumibili da quest'ultimo certificato se si ripartisce l'importo percentualmente sulle due citate categorie in ragione degli importi a base d'asta indicati nel certificato medesimo per le lavorazioni di cui si compone l'opera: così però restano appunto fuori dal computo 12.389,09 euro afferenti alla distinta categoria OG1 (non computabile) e il totale "utile" per l'ammissione ammonta ad euro 131.373,54, con tutta evidenza inferiori all'importo complessivo dell'appalto.

Il Comune sostiene pure che l'articolo 28 si riferisce solo e testualmente all'importo del contratto da stipulare: poiché nel caso di specie l'importo del contratto stipulato ammonta ad euro 103.320,52, ne conseguirebbe che i lavori eseguiti e documentati dall'aggiudicataria sarebbero sufficienti.

L'assunto non è condivisibile e deve ritenersi che l'art. 28, là dove fa riferimento all'importo di lavori eseguiti nel quinquennio non inferiore a quello del contratto da stipulare deve interpretarsi in senso logico come importo non inferiore a quello dell'appalto (cioè l'importo a base d'asta), unico criterio veramente oggettivo accettabile dato che, diversamente, non potrebbe concretamente essere

oggetto di verifica il possesso di tale requisito in sede di esercizio della modalità di cui all'articolo 10 comma 1-quater della legge n. 109/94, per sua natura da effettuarsi anteriormente all'apertura delle buste contenenti le offerte.

In conseguenza l'impugnata aggiudicazione definitiva deve essere annullata.

Sussiste poi pure la responsabilità dell'amministrazione; la colpa consiste nell'aver disatteso le vincolanti disposizioni del disciplinare e di legge in materia di possesso dei requisiti di cui devono essere in possesso i partecipanti alle gare privi di attestato SOA.

In punto di fatto occorre al riguardo ricordare che l'amministrazione ha a suo tempo attestato (mediante dichiarazione congiunta del responsabile del procedimento e del direttore dei lavori) che i lavori "de quibus", già alla data del 16/2/06, erano stati eseguiti *** misura del 40%; con memoria del 2/3/06 il ricorrente ha contestato tale assunto ma, per la verità, sulla base di meri dubbi e senza fornire alcun elemento di prova contrario.

Ne consegue che, tenuto pure conto dell'ulteriore decorso del tempo nel frattempo intervenuto, dovendosi i lavori ritenere presumibilmente esauriti o prossimi alla loro conclusione, la domanda risarcitoria va accolta per equivalente economico.

Per determinare l'ammontare del risarcimento dovuto dalla p.a. in relazione alla responsabilità per illegittima mancata adozione del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, trattandosi di un danno di incerto ammontare, il giudice può esercitare la facoltà di cui all'art. 1226 c.c., liquidandolo in via equitativa: il criterio che deve presiedere a tale valutazione deve essere individuato, sulla scorta della più recente giurisprudenza amministrativa, *** disposizione di cui all'art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F, che determina il quantum dovuto all'impresa appaltatrice nel 10% dell'ammontare fissato dall'offerta della stazione appaltante, come utile presunto, da calcolarsi al lordo della imposizione fiscale, oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria in quanto debito di valore (cfr. T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 26/11/04 n.2430; T.A.R. Lazio, Roma, Ibis, 10/2/05 n. 1236).

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate in euro 2.000 (eurodue mila) da porre a carico del solo comune intimato.

P.Q.M.

Il tribunale amministrativo regionale per la basilicata

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto:

- a) annulla l'atto impugnato;
- b) accoglie la domanda risarcitoria nei termini di cui in motivazione;

Spese a carico del Comune intimato liquidate come in motivazione.

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

Così deciso in Potenza, addì 11 maggio 2006, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

Depositata in Segreteria il 18 agosto 2006