

Pubblicato il 17/05/2023

N. 01647/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01480/2019 REG.RIC.



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 Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1480 del 2019, proposto da
Due Esse Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio digitale
come da registro tenuto presso il Ministero della Giustizia;

contro

Comune di Isola delle Femmine, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Pergolizzi, con
domicilio digitale come da registro tenuto presso il Ministero della Giustizia;

nei confronti

Antonino Coci, Cardaci Costruzioni s.r.l., Consorzio Energia Veneto –
C.E.V., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non
costituiti in giudizio;

per la condanna

del Comune di Isola delle Femmine al risarcimento del danno per equivalente
monetario subito dalla società Due Esse Costruzioni s.r.l. nell'ambito della
procedura negoziale indetta dal predetto Comune per l'affidamento dei lavori

di *“efficientamento energetico, abbattimento delle barriere architettoniche e miglioramento sismico della casa comunale”*, per un importo stimato di euro 765.765,99, nella misura di euro 92.656,54 - di cui euro 54.368,25 quale lucro cessante, nonché euro 38.288,29 a titolo di perdita di qualificazione e/o di chances - ovvero nelle maggiori o minori somme che saranno determinate, il tutto oltre interessi legali e rivalutazione monetaria calcolati come per legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Isola delle Femmine;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2023 la dott.ssa Raffaella Sara Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con lettera di invito del 20 febbraio 2018, il Comune di Isola delle Femmine ha indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di *“efficientamento energetico, abbattimento delle barriere architettoniche e miglioramento sismico della casa comunale”*, per un importo stimato di euro 765.765,99, da aggiudicarsi al prezzo più basso.

I lavori oggetto dell'appalto rientravano nelle seguenti categorie: prevalente, OG1, Class. II; scorporabile, a qualificazione obbligatoria, OG11, Class. 1.

La procedura è stata aggiudicata in favore del costituendo raggruppamento verticale di imprese formato dalla ditta individuale Coci Antonino e dalla Cardaci Costruzioni s.r.l., con un ribasso del 30,77%.

La Due Esse Costruzioni s.r.l., seconda classificata, ha proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione, lamentando la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario sulla base di due motivi:

1. la mandataria Coci Antonino, benché priva di una valida attestazione SOA, ha dichiarato di assumere il 100% dei lavori rientranti nella categoria prevalente OG1, grazie all'avvalimento interno da parte della mandante Cardaci Costruzioni s.r.l. e ciò in violazione del principio per cui la mandataria deve possedere (in proprio) i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria;

2. il contratto di avvalimento non sarebbe sufficientemente specifico, giacché nel testo negoziale si utilizzano frasi di stile e si limita la messa a disposizione a pochi beni mobili, ad un direttore tecnico e a sole due unità di personale.

Oltre all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, la ricorrente ha chiesto il subentro nel contratto, ove già sottoscritto, e, in subordine, il risarcimento del danno.

Questo Tribunale, con sentenza n. 1221/2018, ha respinto il ricorso, giudicandolo infondato.

Ciò sul fondamentale presupposto che, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, l'avvalimento non incontri limiti quantitativi e sia ammesso anche tra i partecipanti al raggruppamento di imprese, rilevando, altresì, come la tesi di parte ricorrente, secondo cui una limitazione quantitativa discenderebbe dalle quote di partecipazione, non solo non avrebbe un preciso aggancio normativo, ma si porrebbe in contrasto con quanto previsto dall'art. 89 del codice dei contratti; ha, sotto altro profilo, ritenuto che nel caso in esame il contratto di avvalimento avesse un contenuto sufficientemente determinato.

In accoglimento dell'appello proposto dalla Due Esse costruzioni s.r.l., il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, in riforma della sentenza impugnata, ha accolto il ricorso di primo grado, annullando il provvedimento di aggiudicazione.

Ha ritenuto, il giudice d'appello, dirimente la circostanza che la mandataria, impresa individuale Coci Antonino, fosse, alla data di partecipazione alla gara, del tutto priva di SOA e avesse fatto ricorso all'avvalimento della SOA della mandante Cardaci Costruzioni s.r.l. per quanto concerne le lavorazioni della

categoria prevalente OG1, che la mandataria avrebbe eseguito al 100%; tale circostanza, ad avviso del giudice di appello, comporta la violazione della regola, vigente nell'ordinamento interno, secondo cui *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”* (art. 83, co. 8 d.lgs. 50/2016).

Il C.G.A. ha anche affrontato il tema del rapporto tra la regola di fondo appena individuata e la possibilità, oramai pacificamente ammessa, di ricorrere all'avvalimento ad amplissimo spettro, permettendo che il prestito dei requisiti avvenga anche tra partecipanti al medesimo raggruppamento (art. 89, co. 1) e lo ha risolto ritenendo che l'avvalimento infragruppo o interno debba ritenersi (certamente) possibile (ma) a condizione che non si alteri la regola secondo cui la mandataria deve “in ogni caso” possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria; nel caso di specie, al contrario, l'avvalimento infragruppo ha superato tale limite di misura, finendo per mettere del tutto da parte l'equilibrio interno al raggruppamento, capovolgendo l'ordine delle grandezze tra la mandataria e la mandante, portando alla luce il dato per cui, in questo caso, l'impresa Coci Antonino, della mandataria, avrebbe solamente il nome ovvero la veste formale, ma in nessun modo la sostanza.

Il giudice d'appello ha, infine, ritenuto inammissibile la domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta in forma ipotetica e subordinata, precisando che questa si sarebbe potuta riproporre ai sensi dell'art. 30, co. 5, c.p.a., nel termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

Con il ricorso all'esame, notificato il 18 giugno 2019 e depositato il successivo 1 luglio, la società ricorrente ha chiesto la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno cagionato dalla illegittima aggiudicazione dell'appalto in favore del raggruppamento controinteressato, quantificandolo in € 54.368,25, per mancato utile, ed € 38.288,29, a titolo di perdita di *chances*. Si è costituito per resistere al ricorso il Comune di Isola delle Femmine.

Alla pubblica udienza del 6 febbraio 2023, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è fondato e merita accoglimento, nei termini che saranno di seguito precisati.

Attesa l'acclarata illegittimità del provvedimento di ammissione in gara dell'aggiudicataria, in applicazione dell'art. 124 c.p.a., l'amministrazione appaltante deve essere condannata a risarcire per equivalente la ricorrente del danno da questa patito a causa della mancata aggiudicazione.

Con riferimento, in particolare, al profilo soggettivo dell'illecito lamentato dalla ditta ricorrente, occorre rilevare che, ai fini del risarcimento del danno in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo la nota sentenza 30 settembre 2010, C 314/09 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, non assume più rilievo il carattere colpevole della condotta della pubblica amministrazione e ciò anche quando si tratti di appalti sotto soglia comunitaria (Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686).

È, invero, ormai consolidato l'indirizzo del giudice amministrativo, per il quale *“per unanime indirizzo della giurisprudenza amministrativa, la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata - secondo le previsioni contenute nelle direttive europee - a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio”* (cfr. *ex multis*, C.d.S., sez. IV, n. 912/2021).

Devono, dunque, trovare applicazione, nella presente fattispecie, di tali, consolidati principi, in assenza dei quali si sarebbe potuto dubitare della sussistenza nel caso in esame dell'elemento soggettivo della colpa, tenuto conto di quanto il tema dei limiti all'avvalimento sia stato oggetto di opinioni discordanti e, soprattutto, alla luce della giurisprudenza europea, anche

recentissima e specificamente riferita ai limiti all'avvalimento da parte della mandataria (cfr. Corte di Giustizia Europea, 28 aprile 2022, C-497/20).

Quanto all'ammontare del risarcimento per equivalente, il collegio, richiamata la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. plen. n. 2/2017 e rammentato che il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa, rileva che, in difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che li avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta, al fine di non concorrere all'aggravamento del danno (cfr. C.G.A. n. 688/2022).

Nella specie, il risarcimento per equivalente va dunque stabilito in ragione del 5% commisurato all'importo posto a base d'asta, diminuito della percentuale di ribasso contenuta nell'offerta della ricorrente, atteso che l'impresa ricorrente non ha dimostrato l'assenza dell'*aliunde perceptum vel percipiendum* (cfr. C.G.A. n. 688/2022).

Alla somma che sarà così determinata dovranno essere aggiunti rivalutazione e interessi, secondo quanto stabilito al par. 47. della sentenza Cons. St., Ad. Plen. n. 2/2017.

Quanto al danno curricolare, osserva il collegio che questo, secondo la giurisprudenza dominante (recepita dalla stessa pronuncia dell'Adunanza Plenaria 12 maggio 2017 n. 2, paragr. 41 sub h) e 44), può essere riconosciuto solo se specificamente dedotto e provato, dovendo il creditore offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito per il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale.

Nella presente fattispecie, in mancanza di tale prova, tale pretesa risarcitoria va disattesa.

Ai sensi dell'art. 124, co. 3 c.p.a., deve dunque disporsi che il Comune di Isola delle Femmine, entro 30 giorni dalla pubblicazione della presente sentenza,

ovvero dalla notificazione della stessa, se anteriormente eseguita, formuli una proposta risarcitoria, commisurata ai criteri di quantificazione suindicati, con la precisazione che, se le parti non giungeranno a un accordo, ovvero non adempiranno agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dall'art. 112 c.p.a. potranno essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti.

Le peculiarità della fattispecie all'esame, anche sotto il profilo delle oscillazioni giurisprudenziali in tema di avvalimento, giustificano in via eccezionale la compensazione integrale tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Roberto Valenti, Consigliere

Raffaella Sara Russo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaella Sara Russo

IL PRESIDENTE
Guglielmo Passarelli Di Napoli

IL SEGRETARIO