

N. 00955/2010 REG.SEN.
N. 01446/2007 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 Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1446 del 2007, proposto da:
Soc. Edilgreen S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Luisa Gracili,
Carolina Picchiotti, con domicilio eletto presso Luisa Gracili in
Firenze, via dei Servi 38;

contro

Comune di Capraia e Limite, rappresentato e difeso dall'avv. Fausto
Falorni, con domicilio eletto presso Fausto Falorni in Firenze, via
dell'Oriuolo N. 20;

nei confronti di

Cosbeton S.r.l. Costruzioni Edili Progettazioni Calcoli, rappresentato
e difeso dagli avv. Arturo Cancrini, Claudio De Portu, con domicilio
eletto presso Orsola Cortesini in Firenze, via Lamarmora, 14;
Marzano Costruzioni S.r.l. in proprio e Capogruppo A.T.I., Gheri

F.Lli di Gheri Fiorello & C. S.a.s., Campinoti e Bozzoni S.p.A.,
Frangerini Impresa S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della determina del Responsabile del Servizio LL.PP. del Comune di Capraia e Limite n. 203 del 18 maggio 2007 con la quale è stato “omologato ed approvato il verbale di gara relativo ai lavori di realizzazione di una nuova scuola per l’infanzia e asilo nido a Limite sull’Arno” e sono stati aggiudicati definitivamente i lavori all’Impresa Cosbeton s.r.l.;

- della medesima determina nella parte in cui facendo proprio il verbale di gara ha escluso la Edilgreen dalla gara stessa in considerazione del fatto che la sua offerta supera la soglia di anomalie ed ha disposto l’ammissione alla procedura di un altro partecipante, l’ATI Marzano s.r.l., la cui offerta doveva essere esclusa per gravi irregolarità;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorchè incognito, ivi compresi il verbale di gara e l’eventuale contratto all’uopo stipulato nonché, ove occorra, gli atti con i quali è stata indetta la gara;

e per la condanna

dell’Amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti a favore della ricorrente;

e con motivi aggiunti depositati in data 27 novembre 2007:

per l’annullamento, previa sospensione dell’esecuzione,

- della determina 2 agosto 2007 n. 287;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato, ivi compresa la nota prot. n. 6433 del 3 agosto 2007 nonchè, ove occorra, la nota 14 giugno 2007, prot. n. 5005, del Comune di Capraia e Limite;
- nonchè per la sospensione della determina del Responsabile del Servizio LL.PP. del Comune di Capraia e Limite n. 203 del 18 maggio 2007 e degli ulteriori atti impugnati con il ricorso introduttivo; e con motivi aggiunti depositati in data 4 febbraio 2008 per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, della nota prot. n. 110 del 7 gennaio 2008 ricevuta in data 9 gennaio 2008 del Comune di Capraia e Limite a firma del Responsabile del procedimento;
- della determina del Responsabile dei Servizi Tecnici del Comune di Capraia e Limite n. 5 del 3 gennaio 2008;
- del verbale della Commissione di gara del 3 gennaio 2008..

Visto il ricorso e i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Capraia e Limite;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cosbeton S.r.l. Costruzioni Edili Progettazioni Calcoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13/11/2008 il dott. Lydia

Ada Orsola Spiezia 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 determina n. 404 del 2006 (Serv. Lavori pubbl.) il Comune di Capraia e Limite (FI) indisse una gara, con il metodo della procedura aperta per la realizzazione di una nuova scuola per l'infanzia; e di un asilo nido a Limite sull'Arno (entro 730 giorni dalla consegna dei lavori), prevedendo come criterio di aggiudicazione il massimo ribasso percentuale sull'importo dei lavori posto a base di gara, pari ad euro 3.422.068,74 (cui aggiungere euro 163.544,36 per oneri di sicurezza).

Alla data fissata per l'apertura delle offerte (19 agosto 2007) venivano ammesse 97 imprese fra cui offerte fra cui anche Edilgreen s.r.l. (con sede a Calenzano) e quindi, calcolata la soglia dell'anomalia al 16,239%, risultava prima classificata l'offerta presentata da Cosbeton srl (con sede a Roma) con un ribasso del 16,217% (e seconda classificata quella della soc. Lamone Moreda srl con 16,19%), mentre l'offerta della Edilgreen veniva esclusa per aver superato la soglia dell'anomalia, avendo offerto un ribasso pari al 16,24%.

Disposta l'aggiudicazione definitiva della gara con determinazione 18 maggio 2007 n. 203 alla Cosbeton s.r.l., il Comune di Capraia consentiva l'accesso alla documentazione di gara alla Edilgreen s.r.l., che, ritenendo di aver rilevato gravi irregolarità nella offerta di una

delle offerte ammesse(quella presentata da ATI Marzano), con nota 8 giugno 2007 chiedeva alla stazione appaltante di escludere la suddetta offerta e, ricalcolata la nuova soglia dell'anomalia, di verificare quale offerta risultava la prima classificata.

Il Comune di Capraia(con nota 14 giugno 2007) comunicava alla ricorrente che aveva avviato il procedimento per la verifica dell'offerta della ATI Marzano, preannunciando l'adozione del provvedimento conclusivo entro i successivi 90 giorni.

1.1. Nel frattempo l'Edilgreen, con ricorso notificato il 20 luglio 2007, ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento 18 maggio 2007 con cui il Comune aveva disposto, sia l'aggiudicazione alla Cosbeton s.r.l. sia l'esclusione della sua stessa offerta(in quanto anomala), deducendone, con unico articolato motivo, i seguenti vizi:

Violazione della lex specialis di gara e del decreto leg.vo n. 163/2006, nonché eccesso di potere per contraddittorietà con altri provvedimenti, carenza dei presupposti e travisamento dei fatti, violazione del principio di par condicio e serietà dell'offerta.

Ad avviso della ricorrente, infatti, l'ATI-Marzano(capogruppo) avrebbe presentato un'offerta non conforme alle prescrizioni della lex specialis sotto più profili, tra cui si rilevava, in particolare, la mancata dichiarazione circa l'osservanza della normativa in materia di diritto al lavoro dei disabili (prescritta anche ai sensi della legge n. 68/1999, ART. 17) nonché l'esibizione di una carta d'identità

scaduta del sig. Agnolucci Enrico senza alcuna nota esplicativa e l'incertezza circa la composizione del raggruppamento partecipante in quanto l'offerta economica conteneva riferimenti ad un'impresa (Termisol Termica s.r.l.) che non aveva formulato in realtà alcuna dichiarazione di partecipazione.

Infine la ricorrente chiedeva il risarcimento del danno patito in forma specifica e, quindi, l'aggiudicazione(precisando che, a seguito della rideterminazione della soglia dell'anomalia dopo aver escluso l'offerta Marzano, la propria offerta sarebbe risultata la migliore), nonché, in subordine, l'accertamento dell'obbligo della stazione appaltante al rinnovo delle fasi di gara illegittime(procedendo all'aggiudicazione a favore della ricorrente) ed infine, in via graduata, chiedendo la condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente del danno subito, quantificato nella misura del 10% del prezzo offerto, oltre interessi e rivalutazione.

1.2. Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Capraia e Limite sia l'aggiudicataria Cosbeton s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso.

1.3. Con motivi aggiunti (dati alla notifica il 13 nov. 2007) la ricorrente ha chiesto anche l'annullamento, previa sospensione, della determinazione comunale 2 agosto 2007 n. 287 (con cui la stazione appaltante aveva disposto la conclusione del procedimento di verifica della presunta anomalia dell'offerta Marzano, poiché la Edilgreen aveva impugnato innanzi al TAR l'aggiudicazione alla Cosbeton s.r.l.), unitamente alla nota di comunicazione del 3 agosto

2007, deducendone:

- 1) l'illegittimità derivata da quella dei provvedimenti già impugnati con l'atto introduttivo;
- 2) Violazione della legge n. 241/1990, artt. 2 e 3 nonché eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, carenza di motivazione e violazione dei precetti di efficienza, imparzialità e correttezza dell'agire amm.vo.

Illegittimamente la stazione appaltante avrebbe omesso di concludere il procedimento di verifica con una determinazione espressa e motivata.

Infine la ricorrente ha chiesto la sospensione cautelare anche dell'aggiudicazione 18.5.2007.

1.4. Con memoria difensiva del 11 dic. 2007 la stazione appaltante, dopo accurata illustrazione della situazione di fatto successiva all'aggiudicazione (precisando che in data 31 ott. 2007 l'esecuzione era giunta ad un primo stadio per un importo di circa 402.500,00 euro), in diritto controdeduceva alle censure formulate con l'atto introduttivo, mentre eccepiva la tardività dei primi motivi aggiunti (ai quali – a suo dire – si applicava il termine dimezzato di 30 giorni ai sensi dell'art. 23 bis legge n. 104/1971) e, comunque, ne rilevava l'inammissibilità sotto più profili nonché l'infondatezza nel merito; infine rappresentava che per il finanziamento dei lavori in questione il Comune aveva beneficiato di un contributo di euro 450.000,00 erogato con la condizione che l'intervento fosse concluso entro 30

mesi dalla comunicazione dell'ammissione al beneficio(avvenuta nel maggio 2007).

Con memoria difensiva presentata nel corso della camera di consiglio del 13 dic. 2007 l'aggiudicataria chiedeva il rigetto del ricorso e del primo atto dei motivi aggiunti, facendo presente, peraltro, che, (dato l'avanzato stato di esecuzione dei lavori, già realizzati per circa il 26,60% dell'intero importo), non ricorrevano più i presupposti per la concessione della misura cautelare richiesta dalla ricorrente.

Con ordinanza istruttoria del 13 dic. 2007 n. 125 questa Sezione chiese alla stazione appaltante di conoscere l'esito del procedimento di verifica iniziato il 14 giugno 2007 e non concluso; in data 8 genn. 2008 la stazione appaltante dava adempimento all'incombente, trasmettendo la documentazione relativa alla conclusione del procedimento di verifica, avvenuta con determinazione 3 genn. 2008 n. 5, che confermava l'insussistenza dei presupposti richiesti per escludere dalla gara l'offerta della ATI Marzano.

1.5 Ricevuta la suddetta documentazione, la Edilgreen con secondo atto di motivi aggiunti(notificati il 1 febbraio 2008) ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, anche della determinazione n. 5/2008, unitamente alla nota di trasmissione del 7 gennaio 2008 n. 110 nonché al presupposto verbale della Commissione di gara che (nella seduta del 3 gennaio) aveva riesaminato la documentazione allegata alla offerta dell'ATI Marzano.

Con unico articolato motivo la ricorrente ne ha dedotto i seguenti

vizi:

Violazione della lex specialis di gara , del D.lgs. n. 163/2006 art. 38, del D.P.R. n. 445/2000 artt. 38, 45 e 46 e della legge n. 241/1990 n. 241 artt. 2 e 3, nonché eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà della motivazione.

Ad avviso della ricorrente, infatti, con la determinazione n. 5/2008 la stazione appaltante avrebbe dato un'ottemperanza solo formale all'ordinanza collegiale che le richiedeva, invece, una verifica puntuale della offerta presentata dall'ATI Marzano; invece l'esito di tale esame avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'ATI Marzano con la conseguenza che, avendo offerto un ribasso del 16,24%, la ricorrente Edilgreen sarebbe risultata aggiudicataria.

Viene, altresì, riprodotta la domanda di risarcimento del danno come formulata nell'atto introduttivo.

Con memoria del 25 febbraio 2008 il Comune resistente ha puntualmente controdedito alle avverse censure, richiamando in più punti le valutazioni espresse dalla Commissione nel verbale del 3 gennaio 2008, mentre ha altresì eccepito la tardività della censura di violazione della lex specialis (art. 3, lett. b, del disciplinare) sollevata nel secondo atto dei motivi aggiunti con riferimento alla mancata presentazione, da parte della mandante S.a.s. F.lli Gheri, delle dichiarazioni sostitutive (ex artt. 46 e 47 DPR n. 445/2000) relative a "i nominativi, le date di nascita e di residenza degli eventuali titolari, soci, direttori tecnici, amministratori muniti di potere di

rappresentanza e soci accomandatari”.

L'amministrazione, inoltre, esibisce in allegato a questa memoria un'ulteriore relazione del Direttore dei lavori che, in data 21 febbraio 2008, indica come prossima l'emissione del secondo S.A.L. (corrispondente alla realizzazione di circa il 22% dell'importo totale lavori), confermando che l'intervento dovrà essere portato a termine entro il 24 giugno 2008.

Alla camera di consiglio del 27 febbraio 2008 la ricorrente, preso atto che i lavori erano in avanzato stato di realizzazione, chiedeva l'abbinamento al merito dell'istanza cautelare.

1.6. Nell'imminenza della trattazione della causa nel merito la ricorrente, dopo aver ulteriormente illustrato le proprie censure, ha poi replicato al contrario avviso espresso dalle controparti in ordine alla circostanza che, anche in ipotesi di annullamento della gara, la caducazione del contratto esulerebbe, comunque, dalla giurisdizione del giudice amministrativo, asserendo che, invece, in tal caso la stazione appaltante sarebbe tenuta alla ripetizione in parte qua delle operazioni di gara con la successiva stipula di un nuovo contratto con la nuova aggiudicataria; infine la ricorrente chiede che, quindi, questa Sezione disponga il risarcimento del danno in forma specifica oppure, ove ritenga diversamente, dichiari l'obbligo della stazione appaltante di rinnovare le fasi di gara illegittime e di aggiudicare i lavori alla propria offerta, salva restando, in via subordinata, la richiesta di risarcimento in forma specifica limitata alla sola parte dei

lavori ancora da eseguire; in via ulteriormente subordinata, poi, la ricorrente insiste per la condanna della stazione appaltante all'integrale risarcimento per equivalente mediante corresponsione di una somma pari al valore della perdita della chance, quantificabile nella misura del 10% del prezzo offerto(oltre ad interessi e rivalutazione monetaria), nonché in un'ulteriore percentuale del valore dell'appalto per danno curriculare e/o danni conseguenti alla mancata aggiudicazione nella misura ritenuta di giustizia ai sensi dell'art. 1226 cod. civ.; viene chiesta infine, la corresponsione delle somme spese sia per partecipare alla gara, pari ad euro 1527,62, sia successivamente alla gara stessa e pari ad euro 1.004,46, come computato in un prospetto depositato agli atti di causa.

1.6.1 Con memoria dell'ottobre 2008 anche la stazione appaltante ha ulteriormente illustrato le proprie controdeduzioni, insistendo per il rigetto del ricorso in toto rilevando, peraltro, l'inammissibilità della domanda di risarcimento in forma specifica, che – secondo l'orientamento tracciato dall'A.P. 30 luglio 2008 n. 9 – rientrerebbe nella giurisdizione del giudice ordinario e che, comunque sarebbe infondata, visto l'avanzato stato di esecuzione dei lavori(circa il 56%), infine si chiede, altresì, il rigetto anche della domanda di risarcimento per equivalente(formulata in via graduata), rilevandone la genericità e l'infondatezza per la mancanza dei requisiti necessari per configurare tale responsabilità in capo al Comune resistente(con particolare riguardo a quello soggettivo della colpa); infine non

sussisterebbero i presupposti neanche per il rimborso delle spese per la partecipazione alla gara, mentre il loro ammontare(indicato in una nota depositata agli atti) risulterebbe non comprovato da alcun riscontro.

Anche l'aggiudicataria, con dettagliata memoria difensiva, ha puntualmente controdedotto alle avverse censure, insistendo per il rigetto in toto del ricorso.

In data 3 nov. 2008 il Comune ha depositato documenti che sono stati ritenuti fuori termine dalla segreteria.

Alla pubblica udienza del 13 nov. 2008, uditi i difensori presenti per le parti e preso atto che la ricorrente rinunciava al provvedimento cautelare, la causa è passata in decisione.

Ai sensi dell'art. 4 legge n. 205/2000 in data 17 nov. 2008 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 57 /2008.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in diritto la controversia concerne la gara, indetta con procedura aperta dal Comune di Capraia e Limite(FI), per l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta al massimo ribasso percentuale (sull'importo base di euro 3.585.612,90di cui soggetto a ribasso euro 3.422.068,54) dei lavori per la realizzazione di una nuova scuola per l'infanzia e asilo nido a Limite sull'Arno; il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 16 aprile 2007 con apertura in seduta pubblica il 19 aprile 2007 presso il Comune stesso.

Presentate 106 offerte, la Commissione di gara(dopo la verifica dei

documenti, (busta A) ne ammette all'esame 17, calcolando la soglia dell'anomalia al 16,239% e, quindi, procede all'esclusione delle imprese le cui offerte eguagliano o superano la soglia di anomalia come sopra computata, tra cui l'Edilgreen s.r.l.(con sede in Calenzano, che aveva presentato un ribasso del 16,24%), aggiudicando la gara alla Cosbeton s.r.l.(con sede in Roma) con un ribasso del 16,217%, seconda classificata Lamone Moreda s.r.l. con un ribasso del 16,19%.

2.0. La Edilgreen s.r.l., però, dopo l'accesso ai documenti di gara, ritenendo che l'ATI Marzano - Gheri - Campinoti - Frangerini illegittimamente era stata ammessa alla gara, falsando in tal guisa il calcolo della soglia dell'anomalia e causando l'esclusione della sua offerta, impugnava con il ricorso in epigrafe gli atti di gara e l'aggiudicazione in parte qua; quindi, poiché sulla base del nuovo calcolo della soglia di anomalia la propria offerta non poteva essere esclusa, chiedeva l'annullamento in parte qua, previa sospensione, dei provvedimenti impugnati nonché il risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara alla ricorrente medesima oppure, in subordine, dichiarando l'obbligo della stazione appaltante di ripetere le operazioni ed aggiudicare la gara, oppure, in via ulteriormente gradata, chiedeva il risarcimento per equivalente (monetario).

Per chiarezza espositiva va precisato che, peraltro, nelle more del giudizio all'atto introduttivo faceva seguito un primo atto di motivi

aggiunti del nov. 2007 avverso la determina 2 agosto 2007 n. 287 con cui il Comune di Capraia, vista la notifica dell'impugnazione, decideva di interrompere il procedimento di riesame delle operazioni di gara, già iniziato nel giugno a seguito di specifica istanza dell'impresa interessata; inoltre nel febbraio 2008 (sempre nelle more del giudizio) la Edilgreen presentava un secondo atto di motivi aggiunti, chiedendo l'annullamento, previa sospensione, della determina 3 genn. 2008 n. 5 con cui la stazione appaltante (a seguito di ordinanza di questa Sezione), al termine del riesame degli atti di gara, aveva confermato la correttezza dell'offerta della ATI Marzano e, quindi, il calcolo della soglia della anomalia, che comportava l'esclusione della Edilgreen dalla gara.

2.0.1. Inquadro come sopra il contesto processuale, preliminarmente va dichiarato improcedibile il primo atto di motivi aggiunti, atteso che successivamente la stazione appaltante ha concluso il procedimento di riesame con la citata determinazione n. 5/2008.

Pertanto la controversia sarà esaminata nel merito con riguardo agli aspetti rappresentati con l'atto introduttivo del giudizio e con il secondo atto di motivi aggiunti.

Inoltre, sempre in via preliminare, il collegio rileva che, poiché in giudizio per le gare di appalto i termini processuali sono dimezzati, i documenti depositati dal Comune il 3 nov. 2008 possono essere acquisiti agli atti di causa, visto che sono stati presentati entro i 5

giorni liberi dall'udienza: si tratta della relazione del direttore dei lavori al 29 ott. 2008.

2.1. Punto centrale risulta, quindi, la contestata individuazione (da parte della commissione di gara), della soglia di anomalia, calcolata sulla base delle offerte presentate dalle 97 imprese ammesse alla gara. Ad avviso della ricorrente l'offerta dell'ATI Marzano- Gheri-Campinoti e B- Frangerini presentava varie difformità rispetto alle prescrizioni dettate dal disciplinare di gara a pena di esclusione e, pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa.

Le censure, nei limiti di seguito illustrati, appaiono fondate.

2.2. Va premesso che, per espressa disposizione del disciplinare (art.9), la domanda di partecipazione alla gara e le dichiarazioni sostitutive, a pena di esclusione, dovevano essere redatte "obbligatoriamente" secondo i moduli allegati al disciplinare stesso, così come la domanda, le dichiarazioni e le documentazioni di cui ai punti da 1 a 9, a pena di esclusione dalla gara, dovevano contenere quanto previsto nei predetti punti.

In particolare nella busta della documentazione le imprese partecipanti dovevano inserire una articolata dichiarazione sostitutiva, in cui (ai sensi degli artt. 46 e 47 D.P.R. n. 445/2000) attestavano il possesso di molteplici requisiti soggettivi ed oggettivi elencati con lettere progressive nel modulo prestampato allegato al disciplinare; tra i vari requisiti, alla lettera j del modello, era indicato il dichiarato rispetto della legge n. 68/1999 (che disciplina il diritto al

lavoro dei disabili) distinguendo l'ipotesi di assoggettabilità agli obblighi di assunzione da quella di esenzione di tale obbligo limitatamente alle tipologie di imprese indicate in carattere grassetto.

2.2.1. Ma le imprese dell'ATI Marzano (nel compilare la dichiarazione sul modulo standard) non hanno in pratica reso la richiesta dichiarazione circa la propria posizione nei confronti degli obblighi derivanti dalla legge n. 68/1999 poiché (a prescindere dalla corretta dichiarazione della Frangerini s.r.l.) non hanno cancellato l'ipotesi che non le riguardava al fine di indicare in modo chiaro ed univoco se a se medesima si applicava la disposizione che recava l'obbligo di assunzione oppure quella che recava l'esenzione da tale obbligo in corrispondenza alle caratteristiche occupazionali contemplate nella suddetta legge.

Né giova alla stazione appaltante replicare che le tre imprese dell'ATI Marzano hanno, comunque, attestato di essere in regola con le norme della legge n. 68/199: infatti nel modulo la dichiarazione preconstituita fa riferimento a situazioni alternative, e non sussidiarie, per cui la coesistenza di due dichiarazioni antitetiche in realtà non può configurare l'osservanza dell'obbligo di rendere tutte le dichiarazioni inserite nel modulo prestampato e prescritte dal disciplinare a pena di esclusione.

Sul punto, inoltre, in sede di procedimento di verifica degli atti di gara la commissione (in data 3 genn. 2008) non ha effettuato specifiche osservazioni, limitandosi a rilevare che le tre imprese, nel

dichiarare di essere in regola con la legge n. 68/1999 e nel contempo di non essere assoggettabili all'obbligo di assunzione, avevano voluto rendere evidente "sotto ogni profilo" di aver rispettato le prescrizioni della suddetta legge n. 68/1999.

L'argomentazione, però, prova troppo poiché in realtà l'impresa partecipante alla gara non solo deve essere in regola con gli obblighi in questione per quanto di propria competenza, ma deve altresì dichiarare quali obblighi ha soddisfatto con riguardo al diritto al lavoro dei disabili e, quindi, non può osservare entrambe queste prescrizioni nel fornire una dichiarazione di contenuto contraddittorio e, perciò stesso, non definito ed inidoneo ad eventuali verifiche della veridicità o regolarità delle notizie riportate nella autocertificazione stessa.

2.2.3. Né si può supporre che il modulo in questione fosse ambiguo nel richiedere la scelta di una delle dichiarazioni da rendere, poiché le imprese dell'ATI Marzano hanno mostrato di conoscere la tecnica della risposta alternativa quando hanno compilato gli altri punti del modello di dichiarazione, che presentavano la stessa caratteristica.

Pertanto l'offerta ATI Marzano risulta non conforme alle prescrizioni del disciplinare(art. 3, lett. a e art. 9) e del D.lgs. n. 163/2006, art. 38 nella parte in cui non contiene(per tre delle quattro imprese associate) la dichiarazione relativa alla posizione nei confronti degli obblighi di assunzione ex legge n. 68/1999.

2.3. Inoltre, passando ad altro profilo della dedotta non conformità

dell'offerta Marzano al disciplinare, la ricorrente asserisce che la Soc. Gheri F.lli s.a.s.(mandante dell'ATI Marzano) nel modulo prestampato, alla lettera e aveva ommesso di indicare la data di iscrizione alla Camera di Commercio dell'impresa, la durata della ditta, la forma giuridica nonché i titolari, Soci, direttori tecnici, amm.ri con rappresentanza e soci accomandatari; in particolare per questi ultimi mancavano i nominativi, le qualifiche, le date di nascita e la residenza); anzi, per il direttore tecnico Agnolucci alla dichiarazione obbligatoria ai sensi dell'art. 38 D.lgs. N. 163/2006 era allegata una carta di identità scaduta il 12 aprile 2007 e cioè il giorno precedente il rilascio della dichiarazione datata 13 aprile 2007.

2.3.1. Sul punto la stazione appaltante(nella memoria del febbraio 2008) ha eccepito la tardività della censura in quanto la violazione dell'art.3 lett. b del disciplinare sarebbe stata invocata solo sul secondo atto dei motivi aggiunti, mentre l'offerta era conosciuta fin dal giugno 2007 a seguito dell'accesso agli atti.

L'eccezione, però, appare non condivisibile.

Infatti la violazione della lex specialis di gara viene dedotta fin dall'atto introduttivo che fa riferimento specifico alla mancata elencazione, nelle dichiarazioni della soc. Gheri F.lli s.a.s.(mandante in ATI Marzano) delle prescritte elencazioni dei titolari, soci direttori tecnici, amm.ri con rappresentanza e soci accomandatari, per i quali l'art. 3 lett. b del disciplinare richiedeva la precisazione non solo dei nominativi ma anche la data di nascita e la residenza.

Inoltre la censura appropriatamente riformulata(sempre come violazione della lex specialis) nel secondo atto di motivi aggiunti in corrispondenza alle specifiche osservazioni formulate(sul punto delle dedotte carenze delle dichiarazioni in questione) dalla commissione di gara nella seduta del 3 gennaio 2008 in sede di verifica della documentazione allegata alla offerta ATI Marzano.

2.3.2. Esaminata nel merito, la censura in argomento appare al collegio fondata nei limiti di seguito illustrati.

Infatti, in primo luogo, dall'esame della dichiarazione in questione resa dal titolare della Soc. Gheri(compilando il modulo predisposto dalla stazione appaltante) emerge chiaramente che alla sezione individuata dalla lett. 1 mancano nominativi, qualifiche, date di nascita e residenza dei titolari, soci, direttori tecnici, amm. ri con rappresentanza e soci accomandatari.

Pertanto, pur ritenendo che per 3 dei soggetti sopraindicati i dati in questione sono parimenti ricavabili dalle altre dichiarazioni al cui rilascio i medesimi sono tenuti in osservanza di altra norma vincolante(D.lgs. n. 163/2006, art 38), tuttavia nel caso del direttore tecnico Agnolucci la suddetta dichiarazione (resa ai fini dell'art. 38 D.lgs. n. 163/2006) non è sufficiente a formalizzare anche l'indicazione della propria residenza nel rispetto dell'art. 45 del D.P.R. n. 445/2000.

Infatti tale disposizione prevede che i dati relativi a stati e qualità personali quali(oltre il nome e cognome ovviamente) lo stato civile e

la residenza(i quali possono essere soggetti a variazioni) devono essere attestati su documento di identità in corso di validità e possono essere comprovati mediante esibizione del documento medesimo; inoltre specifica che, ove l'interessato sia in possesso di un documento di identità non in corso di validità, il medesimo(in calce alla fotocopia del documento) deve dichiarare che i dati non hanno subito variazioni dalla data del rilascio.

2.3.2. Pertanto(come ha rilevato la stessa difesa della stazione appaltante nelle memorie ott.2008 e febr. 2008) la validità del documento di identità è richiesta dall'art. 45 D.P.R. n. 445/2000 al fine di attestare situazioni soggettive di cui è rilevante la perdurante attualità: ne consegue, quindi, che la dichiarazione sostitutiva resa da uno dei direttori tecnici della soc. Gheri F.lli, corredata da carta di identità scaduta, non era idonea a comprovare un dato personale quale la residenza, che, invece, era espressamente richiesto a pena di esclusione dal disciplinare di gara(art. 3, lett.b) e che, tra l'altro, non era desumibile da altri documenti con equivalente valore legale.

Nei sensi illustrati, quindi, le censure di violazione della lex specialis, carenza dei presupposti e violazione D.P.R. n. 445/2000 art. 45, dedotte con l'atto introduttivo ed il secondo atto di motivi aggiunti appaiono fondate con riguardo sia all'aggiudicazione del 18 maggio 2007 sia alla determinazione 3 genn. 2008 n. 5, che dichiara concluso il procedimento di verifica(dando atto che le dichiarazioni e la documentazione presentata dall'ATI Marzano sono ammissibili e,

quindi, implicitamente confermando la soglia dell'anomalia delle offerte individuata al 16,239 e la esclusione dell'offerta della ricorrente con il ribasso del 16,24%).

2.4 Alla luce delle esposte considerazioni, pertanto, assorbite le altre censure o profili delle stesse non esaminati per economia di mezzi, la determinazione di aggiudicazione del 18 maggio 2007 n. 203, unitamente agli atti di gara presupposti, nonché la determinazione 3 gennaio 2008 n. 5, unitamente al verbale del 3 genn. 2008 ed agli altri atti connessi, sono annullate nella misura in cui, non avendo disposto esclusione dalla gara dell'offerta dell'ATI Marzano, hanno calcolato la soglia dell'anomalia al 16,239% con la conseguente esclusione dell'offerta della ricorrente che recava un ribasso del 16,24; la stazione appaltante, quindi, è tenuta a ripetere la gara in parte qua a partire dalla fase di verifica dell'ammissione delle offerte, procedendo all'esclusione dell'ATI Marzano ed al calcolo della nuova soglia di anomalia alla luce di quanto sopra illustrato e di poi alla valutazione della offerta della ricorrente (con un ribasso del 16,24 miglior offerente) ed alla formulazione di una nuova graduatoria.

Peraltro, poiché l'opera era in avanzato stato di realizzazione all'epoca di trattazione della presente controversia nel merito, alla ripetizione delle fasi di gara illegittime non potrà far seguito l'affidamento dei lavori alla ricorrente, come si spiegherà di seguito con riguardo all'esame della domanda di risarcimento in forma

specifica; alla ricorrente, comunque, va riconosciuto un interesse meritevole di tutela alla correttezza formale dell'esito della procedura di gara con l'esame della propria offerta e la formulazione della nuova corrispondente graduatoria.

3. Quanto al risarcimento del danno, poi, premesso che la procedura di gara non è stata sospesa in sede cautelare(la ricorrente ha abbinato al merito e poi rinunciato alla misura cautelare) e che ad ottobre 2008 il direttore dei lavori attestava l'avvenuta emissione del 5° SAL in corrispondenza all'esecuzione dei lavori per la quota del 58% (pari a circa 2.100.000,00 di euro), l'annullamento dell'aggiudicazione a favore della Cosbeton srl non può comportare l'automatica caducazione del contratto con la suddetta impresa (stipulato fin dal sett. 2007) anche alla luce della ulteriore considerazione che (come ha chiarito l'A.P. del Consiglio di Stato 30.7.2008 n.9) la cognizione delle vicende della fase negoziale successiva alla procedura di evidenza pubblica esula dai poteri del giudice amm. vo, rientrando nella giurisdizione del giudice civile.

Pertanto dall'annullamento dell'aggiudicazione alla Cosbeton s.r.l. e delle operazioni di gara (per cui la ricorrente è stata esclusa) non consegue per la ricorrente medesima il diritto al risarcimento del danno in forma mediante subentro alla aggiudicataria nel rapporto contrattuale ma solo quello in forma pecuniaria, atteso che il collegio ritiene sussistenti nel caso di specie gli elementi soggettivi ed oggettivi configuranti il danno ingiusto.

3.1. Invero, in primo luogo, appare configurabile in capo alla stazione appaltante la colpa/negligenza, considerato che le disposizioni del disciplinare di gara non presentavano particolari difficoltà di lettura e di applicazione in sede di esame dell'ammissibilità delle domande di partecipazione; inoltre va ricordato che la stazione appaltante, dopo aver avviato (su sollecitazione della Edilgreen) fin dal 14 giugno 2007 il procedimento per la verifica della regolarità dell'offerta ATI Marzano, comunque, fino al 20 luglio 2007 (data di notifica del ricorso) non concludeva il procedimento suddetto in assenza di motivi che giustificassero il decorso di circa 40 giorni (per riesaminare la documentazione della ATI Marzano); riesame che, invece, a seguito della ordinanza n. 125/2007 di questo TAR è stata perfezionata nel corso di una sola seduta della commissione di gara in data 3 gennaio 2008.

3.1.1. Quanto, poi, al preteso difetto di prova di tale negligenza, come ha rilevato la giurisprudenza prevalente (vedi C.d.S. VI, 18.3.2008 n. 1137 nonché 8.3.2007 n. 1114 ex multis) non è richiesto al privato (danneggiato dal provvedimento illegittimo) un particolare impegno probatorio dai profili inquisitori che, di fatto, si tradurrebbe in una vanificazione della stessa tutela risarcitoria, potendosi invece applicare a suo favore il criterio delle prescrizioni semplici (di cui all'art. 1227 cod. civ.) con la conseguenza che sarà compito dell'amministrazione dimostrare che l'adozione del provvedimento

illegittimo non era evitabile con la comune cura a causa della complessità del procedimento che andava perfezionato.

3.1.2. Quanto, poi, all'elemento oggettivo, e cioè alla sussistenza del pregiudizio economico e del suo nesso eziologico con l'illegittima esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente e la corrispondente illegittima aggiudicazione alla controinteressata, va innanzi tutto precisato che siamo nell'ambito di una responsabilità precontrattuale poiché nel caso di specie il danneggiato non ha concluso alcun contratto con la stazione appaltante(per cui non può azionare una violazione di obblighi contrattuali), mentre la stazione appaltante può essere chiamata a rispondere soltanto della violazione dell'obbligo di correttezza nei confronti della partecipante alla gara.

Si tratta della c.d. "responsabilità da contatto sociale" (vedi C.d.S. 18.3.2008 n. 1137 e Cass. Civ. 3^a sez. n. 589/1999) implicante il corretto sviluppo dell'iter procedimentale e - salvo errore scusabile - la legittima emanazione del provvedimento finale(vedi TAR Toscana Sez. 2^a 2418/2008)

Per tale motivo, a differenza di quanto chiesto da parte ricorrente, il danno risarcibile va circoscritto al c.d. interesse negativo a contrarre che, a sua volta, si compone di un danno emergente consistente nelle spese affrontate per le trattative(spese e costi per partecipare alla gara) e di un lucro cessante, consistente nella perdita della chance di concludere altri contratti parimenti vantaggiosi(possibilità di partecipare ad altre gare ed acquisire nuovi requisiti di capacità

professionale)(vedi ex multis C.d.S. 5179/2007).

3.1.3. Pertanto, valutando alla luce dei suddetti parametri gli elementi di fatto desumibili dagli atti, il collegio, quanto al danno emergente, rileva che la ricorrente nell'ottobre 2008 ha depositato una nota in cui elenca le spese sostenute per la predisposizione dell'offerta(pari ad euro 1527,00 circa) e quelle successive all'espletamento della gara (pari a circa euro 1.000,00).

Al riguardo, preso atto che le spese successive alla gara in pratica si riferiscono ai costi per l'accesso alla documentazione di gara e relativa valutazione, il collegio ritiene di poterle prendere (almeno in parte) in considerazione in quanto, pur se non strettamente attinenti alla preparazione della offerta, sono comunque connesse alla partecipazione alla gara in controversia e non sarebbero ristorabili inserendole in altra tipologia di spese, pur essendo state cagionate dall'illegittima esclusione dell'offerta della ricorrente dalla gara, mentre sarebbe ancor più disomogeneo il loro inserimento in altra tipologia di pregiudizio.

Pertanto, come ha rilevato la difesa della stazione appaltante(vedi mem. ott. 2008) la ricorrente non ha in alcun modo corredato l'elenco delle spese in questione(relative alla sua partecipazione alla gara) con indicazioni contabili di fonte aziendale che configurino almeno un principio di prova della loro consistenza nei termini indicati; in conseguenza si ritiene che in via equitativa le spese per predisporre l'offerta possano essere riconosciute per euro 900,00,

mentre quelle successive alla gara per euro 500,00 per un importo complessivo di euro 1.400,00, atteso che appare plausibile(in assenza di specifica documentazione) escludere dal ristoro alcuni importi relativi ad attività che presumibilmente rientravano nei compiti di figure professionali inserite nell'organico aziendale e che, quindi, per il loro esercizio non richiedevano gli oneri finanziari indicati.

3.1.4. Passando al lucro cessante(che, come si è detto, in ambito precontrattuale consiste nella perdita della chance di stipulare altri vantaggiosi contratti e di migliorare i requisiti curriculari) la consolidata giurisprudenza(vedi ex multis C.d.S. n. 5174/2007 nonché TAR Toscana 2^a sezione 2418/2008) ha, comunque, richiesto che il danneggiato provi, anche in via presuntiva(ma con riferimento a specifiche circostanze di fatto), di non aver potuto riutilizzare manodopera e mezzi per partecipare ad altre gare a causa dell'impedimento derivante dalla presentazione dell'offerta; ove il danneggiato ricorrente non provi la rinuncia alle ulteriori favorevoli occasioni contrattuali, sarà necessario ridurre in via equitativa l'ammontare del danno risarcibile come lucro cessante da calcolarsi con riferimento al criterio del 10% dell'importo della propria offerta (mutuabile dalla disciplina del recesso dal contratto contemplata dal D.P.R. n. 554/1999 art. 122).

Con riguardo alla, perdita di chance ed al danno curriculare, nel caso all'esame, la stessa ricorrente ha dichiarato (vedi documento 3 ott. 2008) di non essere in grado di "ricostruire cronologicamente

l'eventuale mancata partecipazione ad altre gare pubbliche contestuali a quella in oggetto", mentre ha fatto riferimento al ridimensionamento del proprio organico a causa della mancata aggiudicazione e al pregiudizio ulteriore costituito dalla mancata possibilità di ampliare con nuove categorie la propria certificazione SOA.

3.1.5. Pertanto, alla luce degli esposti criteri di valutazione, nel caso all'esame il danno da perdita di chance non è risarcibile in quanto indimostrato dalla ricorrente: questa, infatti, non ha dimostrato né di non aver partecipato a gare cui era stata invitata o che, comunque, richiedevano requisiti analoghi né di non aver utilizzato mezzi e maestranze per altri lavori nel periodo successivo alla propria esclusione, limitandosi, invece, ad affermazioni prive di elementi dettagliati, specie con riguardo alle esigenze finanziarie ed al ridimensionamento dell'organico.

Né a tale carenza di prova si può ovviare con l'applicazione dell'art. 1126 cod. civ. che è limitata ai casi di difficile quantificazione di un danno la cui esistenza sia, comunque, provata.

Trattandosi di un ambito di responsabilità precontrattuale, resta escluso altresì il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati con la stipulazione del contratto non posto in essere con la ricorrente a seguito della sua esclusione, fermo restando che alla ricorrente (anche nel più ampio ambito dell'interesse positivo ad eseguire il contratto) non potrebbe riconoscersi il risarcimento del 10% del

prezzo offerto in gara, quale mancato utile, atteso che la stessa non ha documentato(come detto sopra) di non aver riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di analoghi lavori, riuscendo in tal guisa a ridurre la perdita derivante dal mancato illegittimo affidamento dell'appalto(vedi sul punto ex multis C.d.S. n. 2751/2008 e n. 1114/2007).

3.1.6. Va, invece, risarcito il danno patito dalla ricorrente per non aver potuto aggiornare la certificazione SOA con l'aggiunta delle 4 categorie nuove previste dal bando e con l'aumento degli importi delle categorie già attribuitele da tempo: si tratta del c.d. danno curriculare(vedi C.d.S. 2151/2008 nonché TAR Toscana Sez. 2^a 2067/2008) consistente nel mancato arricchimento del curriculum professionale derivante dall'illegittima esclusione dalla gara e che, pur in mancanza di predeterminati parametri di valutazione, può essere da questo collegio quantificato(secondo le indicazioni desumibili dalla citata giurisprudenza sull'argomento) nella misura del 5% del prezzo offerto dalla ricorrente nella gara da cui è stata illegittimamente esclusa.

Su tale importo va calcolata anche la rivalutazione monetaria dalla data dell'aggiudicazione fino alla pubblicazione della presente sentenza, spettano, inoltre, gli interessi compensativi(vedi C.d.S. n. 5179/2007) da computarsi sulla somma non rivalutata dalla data dell'aggiudicazione(18 maggio 2007) alla pubblicazione della presente sentenza ed, invece, sull'importo attualizzato da questa ultima data

fino al saldo effettivo a favore di parte ricorrente.

Rivalutazione monetaria ed interessi sono dovuti anche sulle somme relative alle spese di partecipazione alla gara e vanno articolati con analoghi criteri, fermo restando che per l'importo di euro 500,00 relativo alle spese successive alla esclusione, gli accessori devono essere computati e partire dalla data di notifica dell'atto introduttivo del presente giudizio.

In conclusione, quindi, la domanda di risarcimento formulata dalla ricorrente viene accolta nei sensi e nei limiti illustrati, mentre va respinta per la restante parte.

4. Riepilogando, in conformità al dispositivo di sentenza n. 57 del 17 nov. 2008, pubblicato ai sensi dell'art. 4 legge n. 205/2000, quanto alla domanda di annullamento il ricorso va accolto con riguardo all'atto introduttivo ed al secondo atto di motivi aggiunti e, per l'effetto, vanno annullate in parte qua le determinazioni del Comune resistente n. 203/2007 e n. 5/2008 unitamente agli atti connessi con il conseguente obbligo del Comune suddetto di rinnovare le fasi di gara illegittime, conformandosi a quanto sopra illustrato(al fine di valutare l'offerta della ricorrente illegittimamente esclusa); va dichiarato, invece, improcedibile per carenza d'interesse il primo atto dei motivi aggiunti; infine va accolta la domanda di risarcimento del danno nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Gli oneri di lite seguono la soccombenza e pertanto, liquidati in euro 4.000,00 oltre gli accessori di legge, sono posti a carico del Comune

di Capraia e Limite che ha dato origine alla controversia, mentre sono compensati nei confronti della Cosbeton s.r.l.; nulla a carico dei controinteressati non costituiti.

P.Q.M.

pronunciando sul ricorso in epigrafe, quanto alla domanda di annullamento accoglie l'atto introduttivo ed il secondo atto di motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla in parte qua le determinazioni dirigenziali n. 203/2007 e n. 5/2008, unitamente agli atti connessi, con il conseguente obbligo del Comune resistente di rinnovare le fasi di gara illegittime conformandosi a quanto in motivazione; dichiara, invece, improcedibile il primo atto di motivi aggiunti; accoglie la domanda di risarcimento del danno nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Pone gli oneri di lite, liquidati in euro 4.000,00 oltre gli accessori di legge, a carico del Comune resistente, mentre li compensa nei confronti della Cosbeton s.r.l.; nulla si dispone a carico dei controinteressati non costituiti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 13/11/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2010

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

IL SEGRETARIO