

Pubblicato il 18/08/2020

N. 00619/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00814/2018 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 814 del 2018, proposto da MASTROSIMONE COSTRUZIONI SRL, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Monaco, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

COMUNE DI DALMINE, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso il medesimo legale in Brescia, via Diaz 13/C;

nei confronti

PISANO BRUNO COSTRUZIONI SRL, COGEIM. SRL, COSBOTEK SRL, EDIL SYSTEM SRL, EDILNEC SRL, ELETTRICA SYSTEM SRL, IEF LEONARDO SRL, IMPRESA EDILE CAREDDA GIAMPIERO SRL, MASER SRL, PALADINO COSTRUZIONI SRL, ATI PMM SRL - MEDIELETTRA SAS, SAPP SOCIETÀ APPALTI PROGETTAZIONI SRL, STEPA SRL, TECHNE SPA, TERMOTECNICA SEBINA SRL, non costituitesi in giudizio;

per la condanna

- al risarcimento dei danni derivanti dall'aggiudicazione alla ditta Pisano Bruno Costruzioni srl dei lavori di valorizzazione degli immobili ERP – IV lotto (appalto CUP H51B17000030004 - CIG 71930482FD);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Dalmine;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2020 il dott. Mauro Pedron;

Visto l'art. 84 del DL 17 marzo 2020 n. 18;

Considerato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 8 settembre 2017 la Centrale Unica di Committenza (CUC) tra i Comuni di Dalmine, Levate e Osio Sopra ha indetto una gara tramite piattaforma Sintel per l'affidamento dei lavori di valorizzazione degli immobili ERP del Comune di Dalmine (IV lotto – CIG 71930482FD - CUP H51B17000030004).

2. L'importo a base d'asta era pari a € 564.904,89 (Iva esclusa), di cui € 17.824,61 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso. Erano previste lavorazioni di categoria OG1 classifica II (€ 326.515,02), di categoria OS3 classifica I (€ 187.040,00), e di categoria OS30 classifica I (€ 51.349,87). Le categorie OS3 e OS30 erano scorporabili e subappaltabili per intero.

3. La gara è stata condotta con procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

4. Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95 comma 4 del D.lgs. 50/2016, con esclusione automatica delle offerte anomale ai

sensi dell'art. 97 comma 8 del D.lgs. 50/2016. Per il calcolo della soglia di anomalia è stato sorteggiato il criterio di cui all'art. 97 comma 2-d del D.lgs. 50/2016.

5. Il disciplinare di gara prevedeva (v. punto 9-b) che l'offerta economica fosse indicata utilizzando preferibilmente l'allegato modello B, compilato in ogni sua parte a pena di esclusione.

6. Il modello B inizialmente allegato al disciplinare di gara e caricato sulla piattaforma Sintel richiedeva soltanto l'indicazione del ribasso percentuale e dei costi aziendali per la sicurezza. In data 19 settembre 2017, su segnalazione di un concorrente, il modello B è stato però modificato con l'inserimento di un campo dedicato al costo della manodopera, come previsto dall'art. 95 comma 10 del D.lgs. 50/2016 (v. Report della Procedura – doc. 4.3 di parte ricorrente).

7. Alla gara hanno partecipato 98 imprese, che hanno fatto pervenire le loro offerte tra il 19 e il 27 settembre 2017. Di queste 98 imprese, 14 hanno presentato il modello B senza il costo della manodopera. Si tratta di offerte inviate tra il 21 e il 27 settembre 2017, quindi successivamente alla modifica del 19 settembre 2017.

8. La società ricorrente Mastrosimone Costruzioni srl ha presentato la propria offerta in data 25 settembre 2017, utilizzando la versione più recente del modello B (v. doc. 4.8). Il ribasso offerto dalla ricorrente era pari al 26,778%, il costo della manodopera è stato indicato in € 352.160,29, e i costi aziendali per la sicurezza sono stati stimati in € 3.389,43.

9. L'offerta della ricorrente è finita oltre la soglia di anomalia. Precisamente, è risultata la prima oltre la suddetta soglia, ed è stata conseguentemente esclusa.

10. La CUC, con determinazioni n. 1233 del 13 ottobre 2017 e n. 1253 del 17 ottobre 2017, ha aggiudicato l'appalto, rispettivamente in via provvisoria e definitiva, alla ditta Pisano Bruno Costruzioni srl.

11. La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione davanti al TAR Brescia con il ricorso n. 1052/2017, sostenendo che le 14 imprese che avevano presentato il modello B

senza il costo della manodopera avrebbero dovuto essere escluse. Per effetto dell'esclusione, sarebbe stato necessario ricalcolare la soglia di anomalia, la quale avrebbe premiato a questo punto l'offerta della ricorrente, prima tra quelle non anomale (v. simulazioni doc. 4.27 e 4.28). Il ricorso è stato però respinto con la sentenza n. 366 del 3 aprile 2018, che ha ritenuto applicabile l'art. 95 comma 15 del D.lgs. 50/2016 sull'invarianza della soglia di anomalia nell'ipotesi in cui il numero dei concorrenti subisca modifiche dopo la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte. Peraltro, la sentenza ha aggiunto che la mancanza di un'azione contro l'erroneo calcolo della soglia di anomalia “*non impedisce una autonoma azione di danno sussistendone i relativi presupposti di legge*”.

12. Con il presente ricorso la ricorrente chiede appunto il risarcimento per la mancata aggiudicazione dell'appalto, bene della vita che le sarebbe spettato se la soglia di anomalia fosse stata calcolata escludendo le offerte prive del costo della manodopera. Per il calcolo del danno, la ricorrente rinvia alla relazione dell'ing. Francesco Mordente (v. doc. 3).

13. Il danno è esposto in tre voci:

(i) il lucro cessante, ossia l'utile che la ricorrente avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione. Questa voce è calcolata detraendo dall'importo offerto i costi desumibili dal computo metrico e dal prezziario delle lavorazioni, ed è stimata in € 75.259,69 (circa il 19% dell'importo offerto);

(ii) la perdita di *chance*, ossia la perdita della possibilità di aggiudicarsi l'appalto. Questa voce è calcolata in rapporto al numero di imprese che hanno presentato l'offerta in modo corretto, e quindi come 1/84 (ossia 1,2%) del lucro cessante, per un importo pari a € 903,12;

(iii) il danno curricolare, consistente nella mancata progressione verso le categorie OS3 e OS30, attualmente non ancora possedute dalla ricorrente. Questa voce è

calcolata forfettariamente nel 5% della base d'asta, per un importo indicato in € 27.440,31;

(iv) complessivamente, quindi, è stato chiesto un risarcimento pari a € 103.603,12, con gli interessi legali dalla stipula del contratto con la ditta Pisano Bruno Costruzioni srl sino all'effettiva corresponsione di quanto dovuto.

14. Il Comune di Dalmine si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

15. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Sull'azione di risarcimento

16. L'art. 95 comma 15 del D.lgs. 50/2016 non consente di adeguare la soglia di anomalia alle variazioni nel numero dei concorrenti intervenute dopo la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, neppure se tali variazioni siano la conseguenza di una pronuncia giurisdizionale.

17. La norma tutela evidentemente la stabilità delle operazioni di gara, ma, se applicata anche ai concorrenti esclusi per superamento della soglia di anomalia, si traduce nella negazione dell'aspettativa al subentro nell'aggiudicazione. La riammissione alla procedura di gara presuppone infatti la modifica della soglia di anomalia, e questa, a sua volta, presuppone che si possa agire per ottenere l'esclusione di alcuni dei concorrenti che avevano contribuito a formare la suddetta soglia.

18. Persa l'azione di risarcimento in forma specifica, rimane unicamente il ristoro per equivalente. Nel caso in esame, come evidenziato dalla sentenza n. 366/2018, l'azione di risarcimento per equivalente non è stata consumata dal ricorso n. 1052/2017, e dunque può essere esercitata nel presente giudizio.

19. Appare rispettato il termine di 120 giorni ex art. 30 comma 5 c.p.a., essendo l'azione di risarcimento per equivalente subordinata all'accertamento tramite sentenza della non percorribilità della via del risarcimento in forma specifica.

Sulla modulistica dell'offerta economica

20. La CUC ha adottato e caricato sulla piattaforma Sintel due diversi modelli B, per la formulazione dell'offerta economica. Solo il secondo era però conforme all'art. 95 comma 10 del D.lgs. 50/2016, in quanto prevedeva un campo dedicato al costo della manodopera, informazione necessaria per le verifiche obbligatorie sul rispetto delle retribuzioni riportate nelle apposite tabelle ministeriali.

21. I concorrenti non erano tenuti a utilizzare il modello B caricato sulla piattaforma Sintel, ma dovevano fornire, a pena di esclusione, informazioni equivalenti.

22. In mancanza dell'informazione sul costo della manodopera non era ammissibile il soccorso istruttorio, perché sarebbe stata data ai concorrenti la possibilità di integrare l'offerta *a posteriori* (v. CS Ap 2 aprile 2020 n. 8). Una forma attenuata di soccorso istruttorio era però possibile nella pendenza del termine di presentazione delle domande, mediante l'invito a sostituire l'offerta già presentata con una nuova offerta contenente anche l'informazione eventualmente mancante. Questa soluzione è stata in effetti adottata dalla CUC nei confronti delle tre imprese che avevano già presentato la propria domanda alla data del 19 settembre 2017 (v. Report della Procedura – doc. 4.3 di parte ricorrente, pag. 847, 850, 869).

23. Non avendo ripetuto il medesimo invito individuale anche nei confronti dei concorrenti che hanno presentato le rispettive domande dopo il 19 settembre 2017, la CUC ha accettato il rischio che qualcuno di questi potesse fare confusione tra le due versioni del modello B apparse sulla piattaforma Sintel. In questo modo, è stato accettato anche il rischio che la soglia di anomalia si formasse con riferimento a concorrenti che avrebbero dovuto essere esclusi. Questo poneva un'ulteriore difficoltà, in quanto, se fosse stata disposta l'esclusione, i concorrenti avrebbero

potuto sostenere che il loro errore era stato causato dal comportamento mutevole e poco trasparente della CUC. Una volta deciso di non escludere nessuno, però, la CUC ha automaticamente danneggiato i concorrenti che avevano un legittimo interesse a far calcolare la soglia di anomalia solo sulle offerte formulate correttamente, tenendo conto che dopo l'ammissione delle offerte la soglia di anomalia, in base all'art. 95 comma 15 del D.lgs. 50/2016, è immodificabile.

24. La ricorrente, che ha perso l'aggiudicazione proprio a causa dell'inadeguata gestione della modulistica dell'offerta economica da parte della CUC, ha quindi diritto a un risarcimento per equivalente.

Sul calcolo del danno

25. La prima voce di danno, ossia il lucro cessante, deve essere calcolata sulla base dell'importo ribassato indicato nell'offerta economica (€ 400.583,12), senza gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso (€ 17.824,61), e al netto dei costi che la ricorrente avrebbe sostenuto se avesse eseguito l'appalto. La principale spesa è quella relativa al costo della manodopera, che la stessa ricorrente nella propria offerta economica ha quantificato in € 352.160,29. Un'ulteriore spesa è costituita dai costi aziendali per la sicurezza dichiarati nell'offerta economica (€ 3.389,43). Depurato da queste due spese, l'utile della ricorrente scende a € 45.033,40. Occorre poi tenere conto del costo dei materiali, che può essere quantificato in via equitativa in circa un terzo dell'utile residuo. Il lucro cessante è quindi stimabile in € 30.172,38.

26. La seconda voce di danno, ossia la perdita di *chance*, non può essere riconosciuta, in quanto costituisce una duplicazione della prima. Se viene risarcito il lucro cessante per la perdita dell'aggiudicazione, sul presupposto che in una procedura corretta l'aggiudicazione sarebbe toccata alla ricorrente, non vi sono margini per calcoli probabilistici sull'esito della gara, né per individuare in tale probabilità una perdita da reintegrare.

27. È invece dovuta la terza voce di danno, ossia il danno curricolare. La base di calcolo non può tuttavia essere costituita dall'intero valore dell'appalto, ma solo dalle lavorazioni per le quali il mancato accumulo di esperienza professionale, impedendo la progressione all'interno delle qualificazioni SOA, determina anche un verosimile rallentamento dello sviluppo aziendale. Nello specifico questa condizione sussiste solo per la categoria OS3 classifica I (€ 187.040,00), e per la categoria OS30 classifica I (€ 51.349,87). In via equitativa, la perdita di future opportunità lavorative può essere stimata nel 5% delle lavorazioni interessate, ossia in € 11.919,49.

Conclusioni

28. Il ricorso deve quindi essere accolto nei limiti sopra indicati. Conseguentemente il Comune di Dalmine viene condannato a versare alla ricorrente, a titolo di risarcimento, l'importo complessivo di € 42.091,87. Sulla somma così liquidata spettano gli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza al saldo.

29. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, e sono liquidate come da dispositivo.

30. Il contributo unificato è a carico dell'amministrazione ai sensi dell'art. 13 comma 6-*bis*.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

- (a) accoglie il ricorso, come precisato in motivazione;
- (b) condanna conseguentemente il Comune a versare alla ricorrente l'importo di € 42.091,87, oltre agli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza al saldo;
- (c) condanna il Comune a versare alla ricorrente, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 3.000, oltre agli oneri di legge;

(d) pone il contributo unificato a carico del Comune.

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

Così deciso in videoconferenza ex art. 84 comma 6 del DL 18/2020, nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2020, con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Pedron

IL PRESIDENTE
Bernardo Massari

IL SEGRETARIO