



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5051 del 2017, proposto da:  
Seicom S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa  
dagli avvocati Umberto Fantigrossi e Ludovica Franzin, con domicilio eletto presso  
l'avvocato Ludovica Franzin in Roma, via Cosseria n. 5;

***contro***

Comune di Santa Maria La Longa, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato  
e difeso dagli avvocati Gianni Zgagliardich, Luigi Manzi e Andrea Manzi, con  
domicilio eletto presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri 5;

***nei confronti di***

Dalla Riva S.r.l. non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, n.202/2017, resa tra le parti,  
concernente l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione straordinaria della palestra  
comunale – fornitura e posa in opera di nuova pavimentazione a seguito di  
procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lettera b) del d.lgs. 50/2016, nonché  
per il risarcimento del danno in forma specifica e, subordinatamente, per equivalente  
economico nella misura del mancato utile di impresa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Santa Maria La Longa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Umberto Fantigrossi, e Paolo Caruso, su delega dell'avv. Luigi Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Il Comune di Santa Maria La Longa aveva bandito una procedura negoziata semplificata, ex articolo 36, comma 2, lettera b), d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento con il criterio del prezzo più basso, dei lavori di manutenzione straordinaria della palestra comunale – fornitura e posa in opera di nuova pavimentazione.

Alla procedura erano invitati cinque operatori economici, individuati previo sorteggio dei quali tre avevano presentato la propria offerta; l'appalto era stato aggiudicato alla società Dalla Riva S.r.l., che aveva offerto il maggior ribasso.

Avverso l'aggiudicazione alla controinteressata insorgeva dinanzi al T.A.R. del Friuli Venezia Giulia la società Seicom S.r.l., seconda classificata, chiedendone l'annullamento oltre al risarcimento del danno, prioritariamente in forma specifica.

Quale unico motivo di illegittimità veniva dedotta la “Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (disciplinare di gara capo 1, art. 4 e allegato A) nonché del d.lgs. 50 del 2016, art. 83. Eccesso di potere per violazione buon andamento della p.a.; violazione principio della par condicio; violazione principio di trasparenza e motivazione; irragionevolezza e illogicità”.

Si costituiva in giudizio il Comune di Santa Maria La Longa, il quale sosteneva l'inammissibilità del ricorso ed in via gradata la sua infondatezza.

Non si costituiva in giudizio l'aggiudicataria Dalla Riva S.r.l., pur evocata.

Con la sentenza n. 202 del 6 giugno 2017 il Tribunale amministrativo prescindeva dall'eccezione preliminare di inammissibilità per carenza di interesse formulata dalla difesa comunale, poiché riteneva il ricorso infondato nel merito.

Con il criterio di aggiudicazione dell'appalto secondo il prezzo più basso, qualsiasi tesi inerente i termini dell'offerta tecnica non aveva alcuna rilevanza, in quanto l'offerta tecnica ha un proprio rilievo allorché il criterio di aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la scelta del criterio del prezzo più basso implica che l'oggetto della prestazione in gara sia già stato predeterminato a monte dalla stazione appaltante in sede di elaborazione della legge di gara e che quel che differenzia un'offerta dall'altra sia solamente il corrispettivo per quella prestazione.

Conseguentemente, la mancata corrispondenza della prestazione dell'appaltatore alle specifiche tecniche della *lex specialis* di gara non determina un'inammissibilità dell'offerta, perché questa non ha ad oggetto la prestazione dell'appaltatore, ma solamente il suo corrispettivo: dunque le manchevolezze evocate avrebbero potuto rilevare in sede di esecuzione del contratto, ai fini dell'esatto adempimento del medesimo e l'anticipazione alla fase dell'aggiudicazione della verifica della qualità dei materiali da impiegare, in quanto non funzionale all'affidamento dell'appalto si sarebbe risolta in un'inutile duplicazione di attività amministrativa, dato che gli stessi controlli avrebbero dovuto necessariamente essere svolti dalla stazione appaltante dopo la realizzazione dell'opera, ai fini della sua accettazione e del pagamento del corrispettivo convenuto.

In secondo luogo, andava considerato che il comma 8 dell'articolo 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del d.lgs. n.

163 del 2006, poneva il principio di tassatività delle cause di esclusione della gara, comminando la nullità delle previsioni della legge di gara recanti cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate, codificando così l'orientamento sostanzialista invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica, con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione aderente ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione.

Il Tribunale riteneva che il Comune avesse correttamente applicato i principi che disciplinano le procedure di evidenza pubblica, non escludendo dalla gara l'offerta della controinteressata per una mancanza - comunque poi sanata - che atteneva non all'offerta, ma alla fase di esecuzione del contratto di appalto.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 10 luglio 2017 la Seicom s.r.l. impugnava la sentenza in questione e premessa esposizione in fatto, deduceva che la medesima aveva confuso il profilo dell'ammissibilità dell'offerta aggiudicataria con quello della sua valutazione, poiché pur ammettendo le difformità rappresentate, aveva ritenuto che il criterio di aggiudicazione con il prezzo più basso precludesse la conoscenza dell'offerta tecnica. In realtà in tale fattispecie è imposto alla stazione appaltante di individuare le specifiche qualitative minime ed inderogabili rispetto a quanto stabilito dal disciplinare di gara e non è ammissibile che i difetti del materiale da impiegare nei lavori possa essere verificato solamente al momento dell'esecuzione con le gravi conseguenze derivanti dalla mancata iniziale esclusione dell'offerta; in secondo luogo le carenze non erano rimediabili con il soccorso istruttorio, trattandosi di una concreta incompletezza dell'offerta.

La Seicom s.r.l. concludeva per l'accoglimento dell'appello con le domande formulate in primo grado, il tutto con vittoria di spese.

Il Comune di Santa Maria La Longa si è costituito anche in questa fase di giudizio, eccependo l'inammissibilità dell'appello ed in ogni caso la sua infondatezza, mentre non si è costituita la controinteressata.

All'udienza dell'11 gennaio 2018 la causa è passata in decisione.

Oggetto della controversia è la tesi della società appellante secondo cui la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver rispettato la previsione dell'Allegato A al disciplinare di gara, il quale imponeva – a pena di esclusione - la presentazione in sede di gara delle certificazioni dei materiali offerti per la realizzazione della pavimentazione della palestra: tale incompletezza, sempre secondo l'appellante Seicom, non poteva essere sanata ricorrendo al soccorso istruttorio, sempre a mente del disciplinare di gara.

Eccepisce la parte resistente l'inammissibilità dell'appello per carenza di interesse, perché trattandosi di lavori di importo inferiore ai 150.000 Euro, nessun requisito di partecipazione poteva essere richiesto oltre alla certificazione SOA ovvero la visura della CCIAA o l'iscrizione in altro registro, sicché l'eventuale accoglimento del ricorso avrebbe quale unico effetto quello di imporre al Comune di dare corso al soccorso istruttorio ora per allora.

L'eccezione è infondata, ma il suo esame deve essere assorbito per ragioni di logica processuale nel vaglio dell'unica censura sollevata dalla Seicom.

Il Collegio non intende porre in discussione i principi affermati nella sentenza impugnata o comunque soffermarsi – o meno – sulla loro fondatezza – ma ne prescinde, poiché le conclusioni cui giungere ed inerenti la fondatezza della censura dell'appellante traggono la loro origine dalla doverosa applicazione della legge di gara, legge che non è stata in qualche modo rimossa o comunque messa in dubbio.

Preliminarmente si deve rilevare che è pacifico tra le parti il fatto, determinante, che il materiale da utilizzare per il rifacimento della palestra comunale di S. Maria La Longa non rispondeva alle caratteristiche dettagliate nell'allegato "A" della lettera di invito, ma ne era difforme in maniera qualitativamente deteriore.

Ora, la lettera di invito reca a caratteri cubitali la clausola della non ammissione della "fornitura di materiale con caratteristiche, anche in parte, diverse da quelle riportate nel sopraccitato allegato "A": nel caso di specie si trattava di una procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. b) del d. lgs. n. 50 del 2016 e prevista per le gare sotto soglia, la cui base d'asta si colloca tra gli €. 40.000,00 ed i 150.000,00, quindi senza previo bando di gara e governata dalla lettera di invito che svolgeva anche il ruolo di disciplinare di gara.

Ma le forme maggiormente snelle della procedura negoziata non permettono che la lettera di invito posta a governo della procedura ed in cui sono fissate le regole procedurali preventive di qualificazione soggettiva ed oggettiva e di selezione che presiedono alla scelta del contraente venga a perdere il carattere normativo - procedimentale di *lex specialis*, per cui nella sua specifica funzione di atto di portata precettiva non può essere derogato, né possono prevalerne interpretazioni ambigue, come il successivo richiamo ai requisiti richiesti come unico limite alla partecipazione, laddove la medesima lettera rechi tra le sue regole cardine indicate nel capo I e particolarmente evidenziate la non ammissibilità di materiale con caratteristiche differenti da quelle specificamente riportate l'allegato A che è parte integrante e sostanziale della stessa lettera di invito.

Per cui l'offerta dell'aggiudicataria appellata Dalla Riva S.r.l., di cui si ripete era pacifica la difformità da quanto specificato nel predetto allegato A andava esclusa.

Poiché l'attuale appellante Seicom doveva essere quindi aggiudicataria quale seconda classificata ed unica ditta ad aver prodotto i certificati di qualità corrispondenti a quanto richiesto, ma essendo ormai i lavori conclusi, le va riconosciuto il

risarcimento in via equivalente dell'utile d'impresa, che va commisurato nel 5% dell'importo offerto in gara secondo un corrente *id quod plerumque accidit*.

L'appello deve dunque essere accolto con tutte le conseguenze indicate in dispositivo, ivi comprese le spese per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata e la condanna del Comune intimato al pagamento a favore dell'appellante del 5% dell'importo da questa offerto in gara a titolo di risarcimento del danno.

Condanna le parti intimare al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidandole in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00) ciascuna oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Raffaele Prospero**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

## IL SEGRETARIO