

N. 01968/2012REG.PROV.COLL.
N. 07834/2011 REG.RIC.



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 7834 del 2011, proposto da:

Cofely Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Marco Annoni e Andrea Segato, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine N. 6;

contro

Leonardo Pernorio, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Verani Masin, Fabrizio Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni, 3;

nei confronti di

Comune di Varazze;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 01344/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO PER ASSEGNAZIONE SERVIZIO DI RISCALDAMENTO. RISARCIMENTO DANNI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Leonardo Pernorio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2011 il Cons.

Eugenio Mele e uditi per le parti gli avvocati Segato e Paoletti;

Visto il dispositivo n.6776/2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al TAR Liguria, Leonardo Pernorio titolare dell'omonima impresa termotecnica con sede in Savona impugnava, chiedendone l'annullamento, la determinazione dirigenziale n. 513 assunta il 12 aprile 2011 dal Comune di Varazze concernente aggiudicazione definitiva dell'appalto per il riscaldamento e la manutenzione ordinaria e straordinaria delle centrali termiche ed impianti degli stabili di proprietà e competenza comunali alla Società Cofely Italia S.p.A. nonché tutti gli atti di gara e la lettera del Comune 3 maggio 2011 di rigetto della domanda di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Chiedeva inoltre la caducazione del relativo contratto.

Il ribasso offerto dalla Cofely , deduceva la ricorrente con il primo motivo di gravame, aveva visto la stessa al terzo posto , poi vincitrice, data l'esclusione per anomalia delle prime due classificate, e la Pernorio al quarto: il Comune aveva considerato il prezzo offerto un mero errore materiale e non un ribasso sul totale comprensivo degli oneri della sicurezza e perciò un ribasso dell'8,5027% e non del 3,27%, inferiore a quello del 3,4% di Pernorio.

Con un secondo motivo (violazione di legge) si sosteneva che con cinque ditte offerenti la stazione appaltante avrebbe dovuto attenersi al criterio come previsto dall'art. 86 co. 1 D. Lgs. 163/06, mentre aveva seguito quello di cui al comma 3, valido solo nel caso di offerte inferiori a cinque.

Il ricorrente concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese. Cofely Italia s.p.a. ed il Comune di Varazze si costituivano in giudizio, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto. In particolare la Cofely sosteneva che il ricorso doveva essere dichiarato inammissibile per la mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (delibera dirigenziale n.430 del 24 marzo 2011).

Il TAR, con sentenza n.1344/2011

- respingeva l'eccezione pregiudiziale sopra ricordata;
- riteneva fondato il primo motivo;
- di conseguenza inammissibile per difetto di interesse il secondo, non essendo dimostrato che il diverso calcolo della anomalia avrebbe determinato l'aggiudicazione alla ricorrente
- accoglieva quindi il ricorso, annullando la aggiudicazione e dichiarando la caducazione del contratto

3. La sentenza è stata appellata dalla Cofely Italia s.p.a. che ha formulato i seguenti motivi di gravame:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 79, comma 5, lett. a), comma 5-bis, 5-ter e 5 quater del d. lgs. n. 163 del 2006, ed inesatta individuazione dei provvedimenti impugnati, illogicità, irragionevolezza e falso presupposto; non essendo stata impugnata dalla Pernorio l'aggiudicazione definitiva, neppure come atto presupposto, ma solo l'atto di efficacia della predetta aggiudicazione definitiva;
- 2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 90 del d.P.R. n. 554 del 1999 e degli artt. 1363 e segg. del codice civile, del principio di immodificabilità delle offerte, nonché difetto di istruttoria e falso presupposto; in quanto nella specie la Cofely per un banale errore aveva ricompreso nell'offerta anche i costi per la sicurezza, errore che, rilevato con immediatezza dalla Commissione, era stato opportunamente e correttamente rideterminato;
- 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 40 del codice del processo

amministrativo e del principio di specificità dei motivi di impugnazione, nonché falso presupposto ed illogicità; poiché il secondo motivo del ricorso di primo grado, concernente l'errore nella procedura per la individuazione dell'anomalia, era estremamente generico.

Chiede, conseguentemente, l'appellante , previa eventuale declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore sottoscritto dall'Amministrazione con la ditta Pernorio, la aggiudicazione dell'appalto e il risarcimento del danno per equivalente.

Si costituisce in giudizio il contro interessato, sig. Leonardo Pernorio, il quale si oppone all'appello e ne domanda la reiezione, confutandone i motivi .

L'appellante presenta una successiva memoria illustrativa, nell'ambito della quale si sofferma, in particolare, sul risarcimento in forma specifica.

La causa passa in decisione alla pubblica udienza del 20 dicembre 2011.

DIRITTO

1.L'appello è infondato.

2. Il primo motivo censura la mancata impugnazione avanti al TAR dell'aggiudicazione definitiva alla Cofely

Osserva il Collegio che l'originario ricorrente – Pernorio Leonardo – ha impugnato l'unica determinazione portata a sua conoscenza (la n. 513 del 2011), dalla quale apprendeva dell'aggiudicazione definitiva a favore della Cofely, mentre la precedente delibera n. 490 del 2011, che aveva disposto la suddetta aggiudicazione definitiva, non era mai stata comunicata.

Pertanto, correttamente l'impugnazione è stata diretta contro l'unica determinazione che lo metteva a conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, oltre evidentemente ad impugnare tutti gli atti pregressi, anche se non conosciuti.

3.Passando al merito della vicenda, esattamente il TAR ha ritenuto fondato il primo motivo dell'originario ricorso con il quale il ricorrente Leonardo

Pernorio si doleva che l'offerta dell'attuale controinteressata Cofely Italia s.p.a. era risultata aggiudicataria grazie ad una manipolazione operata dalla commissione di gara relativamente al ribasso offerto dalla medesima.

In breve –osservava il TAR -*l'importo offerto dalla controinteressata ammontava un totale complessivo di €. 457.762,44, ribasso inferiore a quello dell'impresa gestita dal ricorrente e pari al 3,27% a fronte del 3,44 della Pernorio, ma il dato numerico è stato reinterpreto dalla commissione come comprendente gli oneri di sicurezza - in tutto €. 24.765,00 - e quindi recante in realtà un ribasso dell'8,5027%: in realtà, a parere del ricorrente, gli oneri della sicurezza non dovevano essere ricompresi nel ribasso offerto e quindi la stazione appaltante ha sostanzialmente e illegittimamente modificato quanto offerto dalla Cofely Italia s.p.a.*

Il Collegio condivide gli assunti del ricorrente.

L'allegato A al bando di gara indica dapprima le strutture comunali di Varazze da rifornire di combustibile e di acqua calda, oggetto appunto del servizio da aggiudicare, e riporta lo schema da seguire per redigere l'offerta economica, da indicare nel totale in cifre ed in lettere, con la specifica del ribasso in percentuale rispetto all'importo posto a base d'asta, "al netto degli oneri di sicurezza di €. 24.765,00 non soggetti al ribasso".

L'interpretazione letterale della legge di gara appare inequivocabile: l'offerta economica doveva essere esposta sia in cifre sia in lettere, con la specifica - altrimenti desumibile in base ai calcoli aritmetici - della percentuale di ribasso, al netto – ovvero sia senza l'indicazione - della somma necessaria per gli oneri della sicurezza non soggetti al ribasso. Quindi, se l'offerta economica doveva essere proposta al netto degli oneri, questi dovevano essere aggiunti alla somma proposta e non ricompresi in essa. Perciò, da un lato la commissione di gara ha errato nell'intendere gli oneri già ricompresi nell'offerta di Cofely Italia e dall'altro operare un'inammissibile modificazione dell'offerta di un concorrente, possibilità esclusa per tutte le commissioni di gara, le quali possono semmai interpretare termini di offerte di non immediata percettibilità e di ciò nei casi dubbi, certamente non dove la realtà numerica sia del tutto indiscutibile.

Ne risulta perciò che l'offerta della Pernorio precedeva quella della controinteressata e

quindi l'aggiudicazione della gara deve essere disposta a favore della prima.

L'appellante contesta tali argomenti rilevando che la commissione di gara non aveva in alcun modo manipolato i dati della offerta economica della Cofely, ma li aveva correttamente interpretati, correlando la percentuale offerta dalla stessa (3,27%) al prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza e, non essendo gli stessi soggetti a ribasso, ad una effettiva percentuale di ribasso di 8,5027%.

Senonchè tale interpretazione, pure possibile, non si impone con sufficiente certezza e, in ogni caso, va privilegiata la tesi secondo cui nelle gare al prezzo più basso il dato di cui si deve tenere è costituito dalla percentuale di sconto e alla Commissione non sono consentite correzioni della stessa (cfr. CS, VI, 6 luglio 2006, n. 4276).

4. Con un terzo motivo, l'appellante si duole della sentenza gravata laddove ha dichiarato inammissibile, per difetto di interesse la seconda censura del ricorso in primo grado, con la quale la Pernorio deduceva vizi della verifica di anomalia. Rilevava il TAR che la ditta non aveva dimostrato l'utilità di tale censura in termini di aggiudicazione della gara e che per contro l'accoglimento del primo motivo consentiva tale esito favorevole.

L'appellante sostiene che più correttamente il TAR avrebbe dovuto affermare il difetto di interesse per la estrema genericità e indeterminatezza della censura.

Osserva il Collegio che il motivo d'appello in esame, una volta confermato l'accoglimento della originaria prima censura avanti al TAR non corrisponde ad alcun interesse delle parti, né di quella appellante né di quella appellata (quest'ultima se mai legittimata all'appello e non appellante).

5. Va di conseguenza disattesa la domanda dell'appellante intesa ad ottenere, previa eventuale declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore sottoscritto con la ditta Pernorio, la aggiudicazione dell'appalto e il

risarcimento del danno per equivalente.

6 La sentenza di primo grado va quindi confermata come da motivazione.

7. Sussistono, però, giusti motivi, per compensare integralmente le spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

Rigetta l'appello come da motivazione;

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2011
con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/04/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)