



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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 625 del 2011, proposto da:
Leonardo Pernorio, rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Maoli,
Paolo Verani Masin, con domicilio eletto presso Riccardo Maoli in
Genova, via Corsica 2/11;

contro

Comune di Varazze, rappresentato e difeso dall'avv. Luca Viscardi,
con domicilio eletto presso Luca Viscardi in Genova, c/o Segreteria
T.A.R. Liguria;

nei confronti di

Cofely Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Marco Annoni,
Andrea Segato, Giacomo Viotti, con domicilio eletto presso
Giacomo Viotti in Genova, via Assarotti, 20/9;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 513 assunta il 12 aprile 2011 dal Comune di Varazze di 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. e di tutti gli atti di gara e della lettera del Comune 3 maggio 2011 di rigetto della domanda di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione ed inoltre per la caducazione del relativo contratto;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Varazze e di Cofely Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 il dott. Raffaele Prosperi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 13 maggio 2011 Leonardo Pernorio titolare dell'omonima impresa termotecnica con sede in Savona impugnava, chiedendone l'annullamento, il provvedimento indicato in epigrafe con il quale il Comune di Varazze aveva aggiudicato definitivamente

l'appalto per il riscaldamento e la manutenzione ordinaria e straordinaria delle centrali termiche ed impianti degli stabili di proprietà e competenza comunali all'odierna controinteressata Cofely Italia s.p.a.

Esponendo in fatto il ricorrente che l'importo della gara era di €. 498.000 di cui €. 473.235,00 a base d'asta e €. 24765,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso e che invece l'aggiudicatario, insieme ad altri concorrenti, avrebbe invece illegittimamente calcolato nella percentuale di ribasso tale ultimo importo. Detto ribasso aveva visto la Cofely al terzo posto quale 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 di indicazione 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.

Il ricorrente sollevava in diritto le seguenti censure:

1. Eccesso di potere. La commissione ha individuato l'aggiudicatario rinvenendo una discordanza tra il ribasso reale ed il ribasso offerto, calcolato tenendo conto degli oneri di sicurezza già presenti nell'importo annuale indicato al punto riepilogativo di offerta "Totale offerta economica importo A) + B). In breve gli offerenti dovevano indicare l'importo totale comprensivo degli oneri di sicurezza relativo al triennio e indicare relativamente a detto importo il ribasso d'asta al netto degli oneri di sicurezza già precalcolati dalla

stazione appaltante. L'offerta complessiva di Cofely Italia ammontava a €. 457.762,44 già detratti gli oneri di sicurezza, mentre la commissione li ha ritenuti non detratti; al contrario era implicito che la concorrente ritenesse che questi dovessero essere aggiunti a quanto offerto e la commissione ha svolto un'errata operazione manipolatrice del prezzo in questione, rideterminando un ribasso che in realtà non sussisteva ed era inferiore a quello espresso dalla Pernorio.

2.Violazione di legge. Con cinque ditte offerenti la stazione appaltante avrebbe dovuto attenersi al criterio come previsto dall'art. 86 co. 1 D. Lgs. 163/06, mentre ha 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 sono costituiti in giudizio, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 297 dell'1 giugno 2011 questo Tribunale accoglieva la domanda di sospensione del provvedimento impugnato e fissava all'udienza odierna la trattazione del merito del ricorso.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Sostiene la controinteressata che il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile per la mancata impugnazione del provvedimento di

aggiudicazione definitiva, ossia la delibera dirigenziale n. 430 del 24 marzo 2011, mentre il gravame investirebbe solamente la successiva determinazione n. 513 in data 12 aprile, con la quale gli uffici comunali avevano dato atto del possesso da parte di Cofely Italia di tutti i requisiti di partecipazione e si era dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva.

L'eccezione è infondata.

Il successivo 13 aprile il Comune di Varazze ha inviato alla ditta Leonardo Pernorio la comunicazione prescritta ai sensi dell'art. 79 co. 5 lett. a), 5 *bis*, 5 *ter* e 5 *quater* D. Lgs. 163/06 che l'appalto in questione era stato definitivamente aggiudicato alla Cofely Italia s.p.a. con la determinazione dirigenziale n. 513 del 12 aprile 2011, secondo quanto motivato nel verbale di gara allegato in copia.

La Pernorio ha impugnato la determinazione 513/11 censurandone le ragioni contenute *per relationem* nei verbali di gara anch'essi impugnati, al pari di via di tutti gli atti del procedimento: perciò appare assolutamente condivisibile quanto rassegnato nelle difese riportate dalla ricorrente nella propria memoria di replica, secondo cui il provvedimento da indicare nella comunicazione ai sensi dell'art. 79 D. Lgs. deve essere quello di aggiudicazione definitiva. L'antecedente determinazione n. 430/11, se effettivamente riporta la decisione di aggiudicazione definitiva, essa si manifesta come un atto interno del procedimento comunicato alla sola Cofely Italia e comunque può essere a questo punto ricompreso tra tutti gli atti di

gara “comunque presupposti, connessi e/o consequenziali” verso cui l’impugnazione è diretta.

Nemmeno si può rilevare che le determinazioni nn. 430 e 513 possono essere considerate termini di due procedimenti autonomi sebbene collegati, in cui la lesione del ricorrente è concretizzata unicamente dal primo e che possono essere oggetto solamente di censure diversificate tra loro: si tratta infatti di atti amministrativi del tutto concatenati aventi il medesimo scopo, ovverosia la comunicazione ai concorrenti dei risultati della gara espressi nei verbali, il primo diretto all’aggiudicatario e il secondo agli altri concorrenti.

Quindi l’individuazione dei provvedimenti da impugnare è stata svolta correttamente dalla ditta ricorrente, indicando l’ultimo di una sequela di atti e ricomprendendo poi nell’impugnazione gli atti concreti di gara; se infine si volge l’attenzione a quella costante giurisprudenza secondo cui l’oggetto del gravame deve essere individuato in base a criteri sostanziali e non alle mere posizioni formali, si comprende che un’eventuale accoglimento dell’eccezione concretizzerebbe solo un formalismo di dubbia correttezza.

Con il primo motivo il ricorrente Leonardo Pernorio si duole che l’offerta dell’attuale controinteressata Cofely Italia s.p.a. sia risultata aggiudicataria grazie ad una manipolazione operata dalla commissione di gara relativamente al ribasso offerto dalla medesima.

In breve 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 reinterpretedo 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 - ovverosia 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.

E' invece inammissibile per difetto di interesse il secondo motivo, con il quale si sostiene la mancata applicazione del comma 1 dell'art. 86 D. Lgs. 163/06 in luogo di quanto previsto dal procedimento di cui al seguente comma 3.

La ditta Pernorio, grazie alla fondatezza del primo motivo, può direttamente ottenere l'aggiudicazione del servizio da parte del Comune di Varazze in luogo di Cofely Italia, mentre la stessa Pernorio non ha effettivamente dimostrato che l'applicazione del comma 1 avrebbe determinato l'aggiudicazione a suo favore: l'esame nel merito della censura porterebbe sì all'accertamento della mancata correttezza dell'assegnazione del servizio, ma condurrebbe poi alla rinnovazione della gara, risultato deteriore per la ricorrente rispetto all'assegnazione del servizio che dovrà essere deliberata a seguito della pubblicazione della presente sentenza.

Per le suesposte considerazioni il ricorso deve essere accolto con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione e la caducazione del contratto, la cui esecuzione è stata interrotta già nelle sue prime battute dall'ordinanza n. 297/11 di questo Tribunale.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione definitiva e dichiara la caducazione del contratto.

Condanna la controinteressata ed il Comune di Varazze al pagamento delle spese di giudizio liquidate in complessivi €. 4.000,00 (quattromila/00) oltre a c.p.a. e i.v.a. da dividersi in parti eguali.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/08/2011

IL SEGRETARIO

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