

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29341-l-elemento-soggettivo-dell-illecito-asseverato-dalla-violazione-delle-uniche-norme-tecniche-cui-obbediva-la-procedura-d-aggiudicazione-dell-appalto-a-cottimo-fiduciario-che-la-stessa-amministrati>

Autore: Lazzini Sonia

L'elemento soggettivo dell'illecito è asseverato dalla violazione delle uniche norme tecniche cui obbediva la procedura d'aggiudicazione dell'appalto a cottimo fiduciario che la stessa amministrazione si era data

Tar Liguria, Genova, 22.03.2010 n. 1213

L'elemento soggettivo dell'illecito è asseverato dalla violazione delle uniche norme tecniche cui obbediva la procedura d'aggiudicazione dell'appalto a cottimo fiduciario che la stessa amministrazione si era data.

Lamenta infatti la ricorrente che proprio per osservare i più stringenti criteri di sicurezza degli impianti d'illuminazione decorativa imposti dalla normativa CE, ha affrontato ingenti costi per dotarsi degli apparati tecnici richiesti.

Sicché il rispetto della disciplina tecnica di settore riflettendosi nella quantificazione dell'offerta economica, per garantire la par condicio e, usando una locuzione assurda a vero e proprio neologismo dell'evidenza pubblica, la competitività "nel mercato e per il mercato", deve essere realmente accertata prima d'aggiudicare l'appalto.

In definitiva risulta violata la prescrizione tecnica imposta dall'amministrazione per poter partecipare alla gara officiosa, posto che, come espressamente riconosciuto nelle memorie depositate in giudizio, "la conformità CEE era ed è condizione imprescindibile per partecipare alla gara". _Non vale in contrario sostenere che in capo alla stazione appaltante non gravava alcun obbligo di richiedere le certificazioni CE, essendo sufficiente, alla stregua della lettera d'invito, la dichiarazione giurata della ditta partecipante sulla conformità di quanto offerto alla normativa in discorso._La dichiarazione giurata, con riferimento a requisiti tecnici di sicurezza imposti dalla disciplina CE, ha la funzione di snellire e semplificare la presentazione dell'offerta tecnica, ma non esonera affatto la committente dalla successiva necessaria verifica, prima d'aggiudicare l'appalto, della conformità e reale corrispondenza di quanto effettivamente offerto agli standards minimi di sicurezza prescritti dalla normativa specifica._Standards che, è bene sottolineare, conformano anche l'offerta economica.

Quanto alla lesione della posizione giuridica soggettiva sostanziale, la ricorrente, unica altra partecipante alla gara ufficiosa, disponendo degli apparati e requisiti tecnici richiesti dalla normativa qui richiamata, alla stregua di un giudizio di prognosi postuma improntato a ragionevolezza, avrebbe dovuto essere l'aggiudicataria dell'appalto.

Pertanto, non trovando alcuna corrispondenza probatoria le poste di danno indicate dalla ricorrente, il danno risarcibile va quantificato in misura percentuale al 5 % dell'importo a base d'asta come ribassato dalla sua offerta.

Al criterio del parametro del 10% che in via presuntiva concorre a determinare il quantum, va infatti detratto l'aliunde perceptum che ragionevolmente la ditta nel periodo natalizio, particolarmente propizio alle iniziative imprenditoriali in oggetto, in coincidenza temporale con l'appalto non eseguito, ha potuto comunque ottenere per gli addobbi di illuminazione richiesti nelle altre località turistiche rivierasche.

Su detto importo vanno separatamente calcolati interessi e rivalutazione monetaria fino al soddisfo: i primi computati non sul capitale rivalutato dalla data dell'illecito ma sulla somma frazionata tenuto conto progressivamente di ogni incremento nominale nel tempo del controvalore.

Le spese di causa seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1213 del 22 marzo 2010 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

N. 01213/2010 REG.SEN.

N. 00108/2007 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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 108 del 2007, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente Produzioni di Ricorrente Oriano, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Delfino, con domicilio eletto presso l'avv. Roberto Delfino in Genova, corso Dogali 12/2;

contro

Comune di Sanremo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Borea, Emilio Fadda, Sergio Vota, con domicilio eletto presso l'avv. Emilio Fadda in Genova, via Peschiera 22;

nei confronti di

Luminarie Lucio Controinteressata Snc di Andrea Controinteressata & C.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

aggiudicazione prestazioni per effettuazione opere di illuminazione di strade, vie e piazze cittadine per il periodo natalizio 2006, del corso fiorito e del festival della canzone italiana - edizione 2007 e richiesta risarcimento danni.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sanremo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2010 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori Delfino, per il ricorrente, e Canessa, per delega di Fadda, per il Comune resistente.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ricorrente Produzioni, impresa specializzata d'illuminazioni decorative, premesso in narrativa d'aver partecipato su invito alla procedura concorrenziale ufficiosa, per la somma a base di gara di euro 208.319.50, di cottimo fiduciario indetta dal

Comune di Sanremo per l'appalto "delle opere di montaggio, smontaggio di impianti di illuminazione decorativa di strade, vie e piazze cittadine per il periodo natalizio 2006, del Corso Fiorito e del Festival della Canzone Italiana – edizione 2007", ha impugnato il provvedimento d'aggiudicazione in favore della ditta controinteressata.

Cumulativamente al gravame, ha chiesto la condanna al risarcimento dei danni.

Il gravame è affidato ai seguenti motivi:

- I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 68 e 83 d.Lgs 12 aprile 2006 n. 163 in relazione alla norme tecniche contenute nella lettera d'invito;
- II) Violazione dell'art. 83 d.Lgs 12 aprile 2006 n. 163 sotto altro profilo;
- III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 76 e 132 d.Lgs 12 aprile 2006 n. 163. Illegittimità delle varianti disposte d'amministrazione.

Nonostante il bando di gara prevedesse espressamente l'obbligo di realizzare l'impianto in conformità alle disposizioni della vigente normativa sia nelle singole componenti che nelle installazioni, ossia secondo le attestazioni di conformità alle norme CEI, la Commissione di gara, lamenta la ditta ricorrente, privilegiando esclusivamente il pregio artistico del progetto presentato dalle due sole ditte offerenti, ha optato per quella della controinteressata, sebbene non rispettasse affatto la norma CEI 60/238 in specie laddove, per ragioni di sicurezza, prevede l'uso ed installazione di "lampada indipendente".

Oltre a violare le norme tecniche previste nella lettera d'invito, l'amministrazione, s'aggiunge in ricorso, avrebbe disatteso il criterio di aggiudicazione dell'offerta economica più vantaggiosa che prevedeva attribuzione del punteggio del 60% al prezzo e del 40% al valore tecnico ed artistico dell'opera unitariamente considerato riferito alla parte d'impianto da acquisire a noleggio .

Seguendo il filo conduttore delle censure, s'afferma che nella fase di installazione le carenze tecniche che affliggevano l'offerta selezionata si sarebbero di fatto

concretamente manifestate tanto da determinare l'amministrazione ha rimodulare, incrementandola, l'illuminazione decorativa con ulteriore aggravio dei costi a carico dell'amministrazione appaltante.

Con motivi aggiunti il gravame è stato esteso agli atti del procedimento di aggiudicazione conosciuti solo in esito all'accoglimento della domanda d'accesso.

L'amministrazione si è costituita chiedendo la reiezione del ricorso.

Disposta verifica dell'offerta tecnica presentata dalla contro interessata, all'esito, alla pubblica udienza del 4.02.2010, la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

È impugnato il provvedimento d'aggiudicazione dell'appalto da eseguirsi a cottimo per l'importo a base di gara di euro 208.319.50 “delle opere di montaggio, smontaggio di impianti di illuminazione decorativa di strade, vie e piazze cittadine per il periodo natalizio 2006, del Corso Fiorito e del Festival della Canzone Italiana – edizione 2007” adottato dal dirigente del servizio del Comune di Sanremo.

La violazione delle norme tecniche prescritte dalla lettera d'invito alla gara ufficiosa che affetterebbe l'offerta dell'aggiudicataria si evincerebbe *ictu oculi*, ad avviso della ditta ricorrente, per il fatto che non sarebbero stati rispettati gli standards di sicurezza previsti dalla normativa CEI: in particolare, la norma CEI 60/238 laddove, per ragioni di sicurezza, prevede l'uso ed installazione di lampada indipendente.

Ancora: la Commissione di gara, lamenta la ricorrente, avrebbe disatteso il criterio di aggiudicazione dell'offerta economica più vantaggiosa che prevedeva l'attribuzione del punteggio del 60% al prezzo e del 40% al valore tecnico ed artistico dell'opera unitariamente considerato, privilegiando in favore dell'aggiudicataria il solo profilo artistico.

Prova ne è, argomenta la ricorrente, che ad istallazione avvenuta, le carenze tecniche e progettuali inficianti l'offerta prescelta si sarebbero palesate in misura tale da indurre l'amministrazione a incrementare l'illuminazione decorativa con un costo aggiuntivo rispetto a quello originariamente programmato di cui alla procedura di gara.

Il ricorso è fondato ai sensi e nei limiti di seguito precisati.

Innanzitutto vanno espunti dalla materia del contendere i motivi d'impugnazione che s'appuntano sulla fase dell'esecuzione dell'appalto.

Ossia esorbita dal sindacato di legittimità, avente ad oggetto la c.d. d'evidenza pubblica di affidamento dell'appalto, l'esecuzione delle prestazioni da parte dell'aggiudicataria.

Non a caso l'art. 137 d.Lgs. n. 163/06 per i contratti relativi al cottimo si limita a prescrivere, con implicito riferimento alla normativa che disciplina il rapporto, che in caso di inadempimento dell'appaltatore la risoluzione è dichiarata per iscritto dal responsabile del procedimento, previa ingiunzione del direttore dei lavori, salvi i diritti e le facoltà riservate dal contratto alla stazione appaltante.

Sicché il rapporto contrattuale è governato dalla disciplina civilistica con conseguente devoluzione della relativa cognizione al giudice dei diritti.

Vero è che la verifica a posteriori, ad istallazione avvenuta, dell'impianto di illuminazione decorativa, cioè dopo l'aggiudicazione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto d'appalto, accredita in fatto le denunciate violazioni che affettavano ab origine l'offerta tecnica presentata dalla controinteressata.

Ossia la non conformità alle disposizioni normative ed alle norme tecniche di sicurezza degli impianti elettrici, delle catene luminose e delle linee aeree esterne, oggetto dell'offerta, in violazione di quanto espressamente richiesto dalla lettera d'invito.

Dirimente è al riguardo l'esito della verifica disposta dal Collegio nell'istruttoria giudiziale.

Nelle due relazioni depositate in giudizio, dopo aver dato atto che tutti gli apparecchi come installati dalla controinteressata comunque non rispondono ai requisiti richiesti, per quel che qui più rileva il verificatore elenca le luminarie prive della marcatura CE.

Aggiunge che la prescrizione tassativa sul portalampade idoneo ad essere utilizzato nelle catene luminose non è stata rispettata: non s'è fatto uso di quello c.d. indipendente, come definito al punto 2.5 della norma CEI EN 60238.

Vale a dire che il portalampade avrebbe dovuto essere progettato in modo tale, specifica il tecnico incaricato della verifica, da potersi installare separatamente dall'apparecchio d'illuminazione al fine d'assicurare tutta la necessaria protezione secondo la sua marcatura.

In definitiva risulta violata la prescrizione tecnica imposta dall'amministrazione per poter partecipare alla gara officiosa, posto che, come espressamente riconosciuto nelle memorie depositate in giudizio, "la conformità CEE era ed è condizione imprescindibile per partecipare alla gara".

Non vale in contrario sostenere che in capo alla stazione appaltante non gravava alcun obbligo di richiedere le certificazioni CE, essendo sufficiente, alla stregua della lettera d'invito, la dichiarazione giurata della ditta partecipante sulla conformità di quanto offerto alla normativa in discorso.

La dichiarazione giurata, con riferimento a requisiti tecnici di sicurezza imposti dalla disciplina CE, ha la funzione di snellire e semplificare la presentazione dell'offerta tecnica, ma non esonera affatto la committente dalla successiva necessaria verifica, prima d'aggiudicare l'appalto, della conformità e reale corrispondenza di quanto effettivamente offerto agli standards minimi di sicurezza prescritti dalla normativa specifica.

Standards che, è bene sottolineare, conformano anche l'offerta economica.

Lamenta infatti la ricorrente che proprio per osservare i più stringenti criteri di sicurezza degli impianti d'illuminazione decorativa imposti dalla normativa CE, ha affrontato ingenti costi per dotarsi degli apparati tecnici richiesti.

Sicché il rispetto della disciplina tecnica di settore riflettendosi nella quantificazione dell'offerta economica, per garantire la par condicio e, usando una locuzione assurda a vero e proprio neologismo dell'evidenza pubblica, la competitività "nel mercato e per il mercato", deve essere realmente accertata prima d'aggiudicare l'appalto.

Sicché va accolta la censura di cui al primo motivo di censura che lamenta la sostanziale violazione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto.

Consegue altresì la fondatezza seppure in parte della domanda di risarcimento dei danni.

L'elemento soggettivo dell'illecito è asseverato dalla violazione delle uniche norme tecniche cui obbediva la procedura d'aggiudicazione dell'appalto a cottimo fiduciario che la stessa amministrazione si era data.

Quanto alla lesione della posizione giuridica soggettiva sostanziale, la ricorrente, unica altra partecipante alla gara ufficiosa, disponendo degli apparati e requisiti tecnici richiesti dalla normativa qui richiamata, alla stregua di un giudizio di prognosi postuma improntato a ragionevolezza, avrebbe dovuto essere l'aggiudicataria dell'appalto.

Pertanto, non trovando alcuna corrispondenza probatoria le poste di danno indicate dalla ricorrente, il danno risarcibile va quantificato in misura percentuale al 5 % dell'importo a base d'asta come ribassato dalla sua offerta.

Al criterio del parametro del 10% che in via presuntiva concorre a determinare il quantum, va infatti detratto l'aliunde perceptum che ragionevolmente la ditta nel periodo natalizio, particolarmente propizio alle iniziative imprenditoriali in oggetto,

in coincidenza temporale con l'appalto non eseguito, ha potuto comunque ottenere per gli addobbi di illuminazione richiesti nelle altre località turistiche rivierasche.

Su detto importo vanno separatamente calcolati interessi e rivalutazione monetaria fino al soddisfo: i primi computati non sul capitale rivalutato dalla data dell'illecito ma sulla somma frazionata tenuto conto progressivamente di ogni incremento nominale nel tempo del controvalore.

Le spese di causa seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, Sezione Seconda, accoglie il ricorso ai sensi e nei limiti di cui alla motivazione.

Condanna il Comune di Sanremo al risarcimento dei danni in favore della ditta ricorrente che si quantificano in misura percentuale al 5 % dell'importo a base d'asta come ribassato della ricorrente oltre interessi e rivalutazione monetaria da computarsi ai sensi e nella misura di cui alla motivazione.

Condanna il Comune di Sanremo alla rifusione delle spese di lite in favore del ricorrente che si liquidano in complessivi 4000,00 (quattromila) euro.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2010

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

IL SEGRETARIO