

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9314/2003, proposto N.F. IMPIANTI s.r.l., con sede in S. Nicola la Strada (CE), in persona del legale rappresentante pro tempore, ing. Giuseppe Nuzzo, rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Casertano e Francesco Casertano, elettivamente domiciliato in Roma, via Panama, n. 74, presso l'avv. Emilio Iacobelli;

CONTRO

il comune di Penne, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Modesti ed elettivamente domiciliato Roma, via Prospero Alpino, n. 76, presso l'avv. Tonino Presta;

E, NEI CONFRONTI

della società Land s.r.l., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Valeri e Sebastiana Dore ed elettivamente domiciliato in Roma, via Pasubio n. 2, presso il loro studio ;

per la riforma

della sentenza del Tar dell'Abruzzo – Pescara in data 24 luglio 2003, n. 662.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 21 febbraio 2006, relatore il Consigliere Cesare Lamberti e uditi, altresì, gli avvocati Modesti e Fonti per delega, quest'ultimo, di Valeri.

FATTO

La ricorrente s.r.l. N.F. Impianti, espone di essere risultata aggiudicataria della gara indetta dal Comune di Penne (Pescara) per l'affidamento dei lavori di risanamento conservativo del palazzo De Leone Castiglione, trasformato in Museo d'arte, per un importo a base d'asta di €370.000/00, secondo il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara senza prefissione di alcun limite di ribasso. Nella seduta del 28 gennaio 2003 Commissione di gara rinviava la sessione a data da destinare onde permettere agli otto dei nove concorrenti di presentare le dichiarazioni richieste ai punti 11a 1bis) e 11m) del bando circa l'inefficacia sull'offerta dell'indicazione delle voci e quantità riportate nella lista delle categorie di lavoro e forniture previste per l'esecuzione dell'appalto relativamente alla parte a corpo (11a 1bis) e il mancato ricorso al piani individuali di emersione ex lege n. 383/01. I termini della gara venivano riaperti con nota 11.3.2003 del Comune e la commissione di gara, nella riunione del 27 marzo 2003, procedeva all'apertura dei plichi integrativi, ad esclusione di quello della società N.F.

Impianti nonostante fosse stato regolarmente trasmesso ed aggiudicava provvisoriamente la gara alla società Land. Accortosi dell'omissione, il comune rendeva noto ai partecipanti con lettera a.r. del 8.4.2003, che la commissione di gara nella seduta del 27.3.2003 non ha preso in esame l'integrazione prodotta in data 21.3.2003 dalla ditta N.F. Impianti s.r.l. in quanto non trasmessa, per mero errore materiale, all'ufficio competente e che era necessario procedere allo svolgimento di una nuova sessione di gara, fissata il 17 aprile 2003 alle ore 15,30. In tale seduta la commissione di gara procedeva all'apertura del plico della N.F. Impianti che risultava aggiudicataria provvisoria con un ribasso del 14,527%. Con determina 9.6.2003, n. 97 del dirigente del settore tecnico-manutentivo del Comune erano approvati gli atti di gara con aggiudicazione in via definitiva dei lavori alla società N.F. Impianti. L'aggiudicazione è stata annullata dal Tar Abruzzo, Pescara, su ricorso della società Land s.r.l. in quanto la riammissione della società N.F. Impianti viola i principi di continuità delle gare, di *par condicio* e di persistente segretezza delle offerte che sovrintendono le gare d'appalto. Avverso la sentenza muove appello la società N.F. Impianti, chiedendo l'annullamento della decisione ed il risarcimento del lucro cessante. Si sono costituiti nella presente fase la società Land S.r.l. chiedendo la conferma della sentenza e il comune di Penne

che ne chiede l'annullamento in adesione all'appello, con rigetto del solo capo di domanda relativo al risarcimento del danno.

DIRITTO

Con la sentenza in epigrafe, è stata annullata l'aggiudicazione in favore dell'appellante s.r.l. N.F. Impianti della gara indetta dal Comune di Penne (Pescara) per l'affidamento dei lavori di risanamento conservativo del palazzo De Leone Castiglione, trasformato in Museo d'arte. Il primo giudice ha ritenuto illegittima la riapertura della gara d'appalto, dopo che era intervenuta l'aggiudicazione provvisoria in favore di un concorrente ed era venuta meno la segretezza delle offerte, potendo l'Amministrazione, in presenza di vizi del procedimento, annullamento d'ufficio la gara ma non riaprirla. L'appello della s.r.l. N.F. Impianti deve essere accolto, perché fondato nelle sue prospettazioni. Nella costante giurisprudenza di questo Consiglio, l'aggiudicazione provvisoria rappresenta atto infraprocedimentale, soggetto a conferma o a revisione, nei cui riguardi il partecipante dichiarato provvisoriamente aggiudicatario non vanta alcuna posizione giuridicamente tutelata al provvedimento di aggiudicazione definitiva ma è titolare di una mera aspettativa, la cui osservanza impone la comunicazione di riapertura del procedimento ove se ne verifichi la necessità e non l'annullamento dell'intera gara in presenza di fatti sopravvenuti che ne comportino la ripetizione di una fase, secondo il principio di conservazione degli atti della p.a. e di

continuità della sua attività (Cons. Stato, IV, 27 dicembre 2001, n. 6420; Consiglio Stato, sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5903). Avere pretermesso, per mero ed incontestato errore materiale, l'esame della documentazione integrativa di un partecipante alla gara, come era la società M.F. Impianti in forza della precedente ammissione, non comporta l'onere di ripetere l'intera gara previo annullamento, ma di riprendere il procedimento dal punto in cui si è verificato l'errore, come correttamente ha fatto il comune. Del resto, le stesse modalità della gara - aggiudicazione secondo il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, senza prefissione di alcun limite di ribasso - non erano tali da alterare le condizioni con il riesame dell'offerta non considerata nella precedente sessione di lavoro della commissione né sotto l'aspetto della segretezza né sotto quello della continuità delle operazioni. Il principio della segretezza delle offerte è infatti rivolto (unitamente alle altre caratteristiche quali la compiutezza, la completezza, la serietà e l'indipendenza) ad assicurare il gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui può giungersi ad individuare il miglior contraente possibile (Consiglio Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5185). L'esigenza di tutela della segretezza delle offerte impone il rinnovamento dell'intero procedimento nei soli casi in cui alla commissione giudicatrice sia richiesto l'esercizio del potere di discrezionalità tecnica nel visionare e valutare le offerte e la commissione vi abbia inoltre già proceduto, con l'apertura delle

buste contenenti le relative offerte economiche (Cons. Stato, IV, 10 giugno 2004, n. 3731). Nella gara in esame, che si svolgeva con il criterio del maggior ribasso rispetto al prezzo predeterminato dall'amministrazione, la commissione doveva procedere alle sole operazioni aritmetiche di calcolo, priva di qualsivoglia discrezionalità, trattandosi semplicemente di determinare quali fra le imprese ammesse alla gara avesse la più elevata percentuale di ribasso rispetto al prezzo base fissato dall'amministrazione. L'esigenza della segretezza dell'offerta operava pertanto sino al momento in cui le relative buste entravano nella disponibilità dell'amministrazione, onde evitare che ciascuna impresa venisse a conoscenza del ribasso della concorrente, ma non oltre. Acquisiti i plichi, il contenuto delle offerte unitamente ai singoli ribassi entra nella disponibilità della stazione appaltante, cui spetta garantire che non si verificano alterazioni nel loro contenuto, volte a falsare i risultati della gara in spregio della *par condicio* dei concorrenti. Tutto ciò non si è verificato nel caso di specie, ove l'operato del comune ha inteso garantire la riparazione di un errore materiale, verificatosi all'interno dei propri uffici che non avevano consegnato tempestivamente alla commissione i documenti inviati dall'impresa appellante ad integrazione dei requisiti di partecipazione alla gara. Né del resto può intendersi violato il principio della continuità delle pubbliche gare. In disparte ogni considerazione che la nuova seduta di gara si è tenuta il 17 aprile

2003 e pertanto circa soli venti giorni dopo l'aggiudicazione provvisoria alla società Land avvenuta il 27 marzo 2003, va riaffermata l'esigenza di legalità dell'agire amministrativo, nei cui confronti le esigenze di celerità appaiono recessive, qualora il procedimento venga comunque definito entro ragionevoli limiti di tempo, come nella specie si è verificato. La sentenza di primo grado deve essere pertanto riformata e l'appello va accolto, anche se non nella sua totalità, dovendo essere respinta la domanda di risarcimento del danno per totale assenza di colpa del comune. Le spese di giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello della società M.F. Impanti e, in riforma della decisione impugnata, respinge il ricorso originario della società Land. Condanna l'appellata s.r.l. Land alle spese di ambedue i gradi di giudizio in favore dell'appellante che liquida nella misura di €5.000/00 compensate per un terzo, oltre Iva C.A.P. e spese generali. Compensa le spese nei confronti del Comune di Penne.

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

Così deciso addì 21 febbraio 2006 in camera di consiglio con l'intervento di:

Sergio Santoro

Presidente

Giuseppe Farina

Consigliere

Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere est.
Goffredo Zaccardi	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Cesare Lamberti

F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

L'11 maggio 2006

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

p.IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi