

N. 01130/2010 REG.DEC.
N. 05559/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 5559 del 2009, proposto da:
Tme Spa - Termomeccanica Ecologia in proprio e quale
Capogruppo Ati con il Consorzio Ravennate delle Coop. Prod. e
Lavoro soc. Coop. per azioni, il Consorzio stabile BUSI e Cover
Industrial srl , rappresentata e difesa dagli avv. Marco Casavecchia,
Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma,
viale Parioli, 180;

contro

Constructions Industrielles De La Mediterranee Cnim Mand. Ati e in
P., Ati Unieco Soc. Coop. e in P., Ati Coopsette Soc. Coop. e in P.,
rappresentati e difesi dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio
eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento
N.11;

nei confronti di

Trm - Trattamento Rifiuti Metropolitan Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Izzo, Claudio Piacentini, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Assicurazioni Generali S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Pierangelo Olivieri, Carlino Scofone, Gianmaria Scofone, con domicilio eletto presso Carlino Scofone in Roma, via Gianturco,6;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V n. 02885/2009, resa tra le parti, concernente affidamento realizzazione chiavi in mano impianto di termovalorizzazione..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Constructions Industrielles De La Mediterranee Cnim Mand. Ati e in P.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ati Unieco Soc. Coop. e in P.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ati Coopsette Soc. Coop. e in P.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trm - Trattamento Rifiuti Metropolitan Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2009 il Cons. Giancarlo Montedoro e uditi per le parti gli avvocati Sanino, Pellegrino, Scofone e Izzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe la T.M.E. spa in proprio e quale mandataria di ATI costituita con altri soggetti (d'ora in poi T.M.E.) chiedeva la revocazione della sentenza del Consiglio di Stato Sezione V 11 maggio 2009, n. 2885, con la quale si era disposto l'accoglimento dell'appello proposto da Constructions Industrielles de la Mediterranee CNIM, (mandataria), Unieco soc. Coop, e Coopsette soc. coop (mandanti), quali parti del costituendo raggruppamento di imprese (d'ora in poi CNIM), avverso la sentenza di primo grado che aveva respinto il ricorso ed i motivi aggiunti proposti dal CNIM avverso l'aggiudicazione dell'appalto – concorso indetto da TRM spa (Trattamento Rifiuti Metropolitan spa Torino) per la realizzazione “chiavi in mano” dell'impianto di termovalorizzazione nell'area di Gerbido del Comune di Torino, comunicato con la nota del 22 aprile 2008, e della successiva aggiudicazione divenuta efficace, comunicata con nota del 16 maggio 2008, in favore della TME spa – Termomeccanica Ecologia.

L'appello è stato ritenuto fondato in relazione al primo motivo del ricorso di primo grado (disatteso dal Tar e riproposto in sede di

impugnazione) con cui si afferma la violazione della lex specialis (punto III 1.1. del bando; punto 8.11 della lettera d'invito e art. 11 del Capitolato speciale d'appalto . parte normativa in relazione all'art. 75, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006 c.d. codice dei contratti pubblici).

Veniva in questione il termine di validità della cauzione provvisoria, contestandosi da parte dell'appellante – vincitore per la sentenza di cui si chiede la revocazione – la validità della cauzione proposta dall'ATI aggiudicataria TME con durata inferiore ai 250 giorni richiesti nel bando di gara e nella lettera di invito, con violazione della par condicio.

La stazione appaltante – a tenore della sentenza di cui chiede la revocazione – dopo aver prescritto al punto VI.3. 31 del bando che l'offerente fosse vincolato per 250 (duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell'offerta, aveva corrispondentemente imposto (punto III.1.1. del bando) una cauzione provvisoria valida per almeno 250 giorni dalla presentazione dell'offerta.

Inoltre, come eccepito dall'appellante (in modo fondato secondo la sentenza di cui si chiede la revocazione) al p.8.11 della lettera di invito ed all'art. 11 del capitolato speciale di appalto, parte normativa, la stazione appaltante aveva previsto che la garanzia fideiussoria dovesse essere corredata dall'impegno del garante a prorogare la garanzia per la durata indicata nel bando di gara (250

gg) nel caso in cui al momento della scadenza non fosse intervenuta l'aggiudicazione.

La sentenza impugnata ha ritenuto che il bando e le norme di gara imponessero alle imprese la presentazione di una cauzione valida non meno di 250 giorni, nonché munita dell'impegno del garante a rinnovarla per un uguale periodo laddove nel primo termine la procedura di gara non fosse terminata.

La sentenza ha ritenuto che la cauzione presentata non fosse conforme alle prescrizioni del bando, trattandosi di una cauzione con validità garantita nel minimo a 180 giorni con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore analogo periodo (e, quindi, per 180 giorni) la predetta garanzia su richiesta della stazione appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non fosse ancora intervenuta l'aggiudicazione.

Ha ritenuto tale difformità sostanziale, impossibile da reintegrare successivamente in corso di gara; ha ritenuto che le clausole lett. a) , b) e c) della garanzia, come clausole del tutto tipiche, contenute nello schema tipo di cui al D.M. n. 123 del 12 marzo 2004 non superino la questione posta dall'appello, non potendo interpretarsi come clausole che comportino che la fideiussione abbia comunque validità fino all'esito della gara a prescindere dalla durata della gara medesima.

Tali clausole – ha ritenuto la sentenza impugnata con ricorso per revocazione – operano all'interno del termine di durata della

fideiussione, riguardano l'ipotesi di cessazione anticipata rispetto al termine di scadenza della garanzia.

Il ricorso in esame ritiene la sentenza viziata da errore di fatto revocatorio ai sensi dell'art. 395 c.p.c. n. 4 e dell'art. 81, n.4, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 .

In particolare si lamenta l'omessa considerazione della clausola contrattuale contenuta nell'appendice alla polizza n. 278800592, che dispone che il "garante si impegna a rinnovare la presente garanzia, a richiesta della stazione appaltante, nel caso in cui al momento della scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione".

In sostanza si rimarca che la polizza , in forza di tale clausola, conteneva la possibilità di un rinnovo fino al momento dell'aggiudicazione a richiesta della stazione appaltante, con ciò andando oltre quanto richiesto dal bando.

La compagnia assicurazioni generali attesta che la polizza avrebbe avuto una durata di 359 giorni.

Si censura la sentenza altresì per non aver considerato le modalità di calcolo del premio parametrato al costo di una polizza della durata di 257 giorni, ossia ad una durata che andrebbe ben oltre il termine di validità previsto dalla lex specialis di gara.

Ciò premesso per la fase rescindente, la TME ripropone le sue difese per la fase rescissoria.

Resiste il CNIM mentre TRM si rimette al Consiglio di Stato; si è avuto l'intervento adesivo di Assicurazioni Generali spa.

Il ricorso è stato discusso all'udienza del 17 novembre 2009, ed il collegio se ne è riservata la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è inammissibile.

In primo luogo va rilevato che per aversi errore di fatto revocatorio non basta l'omesso apprezzamento di alcuni documenti versati in atti da parte del giudice ma occorre che la sentenza si basi su una falsa rappresentazione della realtà, ossia su l'affermazione o la negazione di fatti incontrovertibilmente risultanti dagli atti e non apprezzati adeguatamente per mera svista del giudicante.

In definitiva, l'errore che legittima la proposizione del ricorso per revocazione di una precedente decisione del Consiglio di Stato deve consistere nella falsa rappresentazione della realtà, cioè nella supposizione dell'esistenza o dell'inesistenza di un fatto la cui verità è stata rispettivamente esclusa o ammessa, senza contestazione e senza controversia, nel primo giudizio (ed è poi risultata in concreto erronea) (Consiglio Stato , sez. VI, 22 ottobre 2009 , n. 6496).

Si è pertanto ritenuto che l'errore di fatto, idoneo ad integrare il vizio revocatorio previsto dall'art. 395, n. 4, c.p.c., deve consistere in una errata percezione del fatto, in una svista di carattere materiale, oggettivamente e immediatamente rilevabile e tale da aver indotto il giudice a supporre l'esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile. In particolare, non sussiste

vizio revocatorio se la dedotta erronea percezione degli atti di causa ha costituito un punto controverso ed ha formato oggetto di decisione nella sentenza impugnata, ossia è il frutto dell'apprezzamento del giudice delle risultanze processuali (Consiglio Stato , sez. VI, 09 febbraio 2009 , n. 708).

Nella specie la questione di fatto della durata della polizza ha costituito un punto controverso nel precedente giudizio, sia in primo che in secondo grado, sicché la domanda di revocazione appare inammissibile perché relativa a questione controversa, ed inoltre in considerazione del fatto che, come si vedrà di seguito non v'è alcun errore di fatto ma il ricorso pone, sulla base di documenti versati in atti, non espressamente fatti oggetto di valutazione in sentenza, al più problemi interpretativi del bando e dell'offerta risolti dalla sentenza e coperti dal giudicato.

Non è ammissibile la revocazione su questioni di fatto già controverse, se non a pena di trasformare, in modo improprio, il rimedio revocatorio in un ulteriore grado di giudizio.

Va poi comunque rilevato, in relazione al primo presunto errore revocatorio, che la clausola che non sarebbe stata apprezzata dal giudice, incideva solo sulla durata del rinnovo e non sulla durata della polizza, con il risultato di lasciare intatta la difformità della polizza rispetto a quanto prescritto dalle norme di gara, come ritenuto in sentenza.

Quanto poi al secondo presunto errore revocatorio, attinente

l'omessa considerazione delle modalità di calcolo del premio, esso è del pari inammissibile vertendo su punto controverso della lite (la questione della durata della polizza), fatto oggetto di approfondita disamina in sentenza, pur senza espressamente menzionare il particolare della modalità di calcolo del premio (discusso tuttavia dalle parti nei loro scritti difensivi).

Tale omessa menzione delle modalità di calcolo del premio nella motivazione della sentenza appare naturale stante la non incidenza delle modalità di calcolo del premio sulla durata della polizza, mentre la circostanza che non vi sarebbe stato, nella specie, alcun concreto vantaggio economico in termini di risparmio per la ricorrente TME non appare decisiva, a fronte della decisività della questione della durata della polizza non scalfita dalle deduzioni – peraltro inammissibili perché attinenti punti controversi - presentate con il ricorso per revocazione.

Privi di pregio sono gli argomenti e le produzioni documentali della interveniente ad adiuvandum perché la revocazione va valutata sulla base degli atti esistenti nel processo per il quale è intervenuta la sentenza di cui si chiede la revocazione.

Le spese seguono la soccombenza liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso per revocazione in epigrafe indicato, lo dichiara inammissibile.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione alle altre parti costituite delle spese processuali che liquida in euro tremila per ciascuna parte costituita, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stenio Riccio, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2010

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

Il Dirigente della Sezione