

N. 00605/2014REG.PROV.COLL.

N. 05415/2009 REG.RIC.

N. 07452/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5415 del 2009, proposto da:
Autobren s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Severino Santiapichi, con
domicilio eletto presso Severino Santiapichi in Roma, via Antonio
Bertoloni, 44/46;

contro

Schmidt Automotive s.r.l.; Schmidt Automotive Italia s.r.l., rappresentata
e difesa dagli avv. Carlo E. Esini, Paolo Esini, con domicilio eletto presso
Daniele Baghini in Roma, via Cola di Rienzo, 297;

nei confronti di

Ministero della Difesa, non costituito;

sul ricorso numero di registro generale 7452 del 2009, proposto da:
Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Schmidt Auto Motive Italia s.r.l., Autobren s.r.l., entrambe non costituite;

per la riforma,

quanto a entrambi i ricorsi, della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione I Bis n. 00186/2009, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per approvvigionamento veicoli;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Schmidt Automotive Italia s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2013 il Cons. Giuseppe Castiglia e uditi per le parti gli Avvocati Severino Santiapichi e Paolo Esini e l'Avvocato dello Stato Grumetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel 2008, il Ministero della difesa ha indetto una gara a procedura ristretta per l'approvvigionamento di veicoli di varia tipologia.

Con riguardo al 7° lotto (due spazzatrici pesanti per piste di volo), la fornitura è stata aggiudicata alla società Autobren s.r.l. In data 23 dicembre 2008, il contratto è stato stipulato.

La società Schmidt Automotive Italia s.r.l., altra concorrente, ha quindi impugnato la nota del 22 dicembre 2008, con cui l'Amministrazione ha comunicato l'avvenuta conferma dell'aggiudicazione della gara in favore dell'altra concorrente.

Con sentenza 8 luglio 2009, n. 681, il T.A.R. per il Lazio, sez. I bis, respinte alcune eccezioni preliminari (concernenti la ritenuta tardività del ricorso, per non essere stata impugnata tempestivamente l'aggiudicazione provvisoria, e il carattere non provvedimentale dell'atto impugnato, rivolto contro la semplice comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva), ha accolto il ricorso nel merito.

Il Tribunale regionale ha considerato fondata e assorbente la censura di violazione della par condicio tra i concorrenti, per mancato rispetto del principio dell'unicità delle offerte. Infatti l'Amministrazione avrebbe ommesso di escludere dalla gara - come invece avrebbe dovuto - la Società poi aggiudicataria che, con lesione del ricordato principio, aveva presentato un'offerta contenente due diverse proposte; né la lesione sarebbe esclusa dalla circostanza che una di queste proposte fosse stata dichiarata nulla e come non apposta, in quanto non corrispondente alle condizioni tecniche previste per la fornitura.

Nell'accogliere il ricorso, il T.A.R. ha ritenuto che, essendo intervenuta nel frattempo la stipula del contratto, non appartenesse alla propria giurisdizione giudicare circa la sorte del contratto di appalto, con riguardo agli effetti dell'annullamento in sede giurisdizionale della gara.

La società Autobren ha interposto appello contro la sentenza, impugnandone il dispositivo con espressa riserva dei motivi all'atto di pubblicazione della sentenza stessa, della quale ha al tempo stesso chiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva (ricorso n. 2009/5415).

L'appello proposto contro il dispositivo riproduce le eccezioni già svolte in primo grado. Il ricorso introduttivo sarebbe tardivo, non essendo stata tempestivamente impugnata l'aggiudicazione provvisoria, disposta in una

seduta pubblica alla quale aveva partecipato il rappresentante della controparte; l'atto impugnato sarebbe una semplice comunicazione, priva di valore provvedimento, e il suo annullamento non avrebbe garantito all'allora ricorrente alcuna tutela.

Queste eccezioni sono poi sviluppate nei motivi depositati dopo il deposito della motivazione. L'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria sarebbe necessaria, secondo la giurisprudenza formatasi sotto il nuovo codice degli appalti; nell'annullare l'aggiudicazione definitiva, il giudice di primo grado sarebbe incorso in un vizio di ultrapetizione, poiché la nota impugnata avrebbe avuto esclusivo valore notiziale; il provvedimento di aggiudicazione sarebbe stato prodotto in giudizio (e dunque conosciuto, diversamente da quanto avrebbe affermato il T.A.R.), ma non gravato con motivi aggiunti, non potendosi considerare sufficiente la clausola di stile che estende l'impugnazione a ogni altro atto precedente, conseguente, presupposto, confermativo, comunque connesso; il principio dell'unicità dell'offerta sarebbe evocato a torto, giacché esso si potrebbe ritenere violato solo in presenza di più di un'offerta astrattamente accoglibile, tale da consentire al concorrente di vedere aumentare le proprie chance di vittoria.

La società Schmidt si è costituita in giudizio per resistere all'appello.

La domanda cautelare è stata respinta dalla Sezione con ordinanza 29 luglio 2009, n. 3890.

Anche il Ministero della difesa ha interposto appello contro la sentenza con uno stringato ricorso, nel quale - in sintesi - sostiene che l'indiscussa estraneità di una delle offerte alle prescrizioni del bando avrebbe dovuto essere giudicata viziata ma non viziante (ricorso n. 2009/7452).

All'udienza pubblica del 10 dicembre 2013, gli appelli sono stati chiamati e trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare - a norma dell'art. 70 c.p.a. - deve essere disposta la riunione degli appelli, che riguardano entrambi la medesima sentenza.

Contro di essa, la società Autobren muove anzitutto due censure di ordine processuale, con riguardo alla mancata impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria e all'impugnazione, invece, di un atto di cui contesta la natura provvedimento (la nota del 22 dicembre 2008): tali profili sarebbero stati erroneamente disattesi dal Tribunale regionale.

Tuttavia, nessuna di tali censure è fondata.

2. Quanto alla prima di esse, sarà sufficiente rammentare l'orientamento ormai assolutamente costante del Consiglio di Stato, secondo cui l'atto finale della procedura di gara è l'aggiudicazione definitiva, mentre l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, a effetti instabili e del tutto interinali, essendo soggetta - ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici; d'ora in poi: codice) - all'approvazione dell'organo competente (cfr. per tutte sez. III, 11 febbraio 2013, n. 763; sez. V, 15 febbraio 2013, n. 936; sez. V, 27 marzo 2013, n. 1828; sez. V, 15 maggio 2013, n. 2625; sez. V, 13 maggio 2013, n. 2578; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 26 settembre 2013, n. 4809).

Segue dalla premessa che:

in materia di gare di appalto, è solamente con l'aggiudicazione definitiva che si radica per il concorrente l'onere di ricorrere in giudizio;

l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria è una facoltà e non un

onere;

è irrilevante la circostanza che - come nel caso di specie - l'impresa soccombente abbia già avuto conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria a seguito della partecipazione di un suo rappresentante alla seduta di gara.

3. Non ha maggior pregio l'altro dei motivi processuali dedotti dalla società appellante, poiché è del tutto evidente che la Schmidt, nell'impugnare la nota del 22 dicembre 2008, ha inteso ricorrere non contro la comunicazione dell'aggiudicazione in sé, ma proprio contro l'aggiudicazione che tramite quell'atto a essa veniva comunicata.

Come correttamente osserva il T.A.R., una diversa ricostruzione peccherebbe davvero di ingiustificato formalismo, rispetto all'intento pratico della parte e all'interesse sostanziale che il ricorso di primo grado voleva tutelare. D'altronde, la successiva produzione documentale dell'Amministrazione non ha svelato provvedimenti ulteriori, che la società ricorrente avesse onere di gravare con motivi aggiunti: tale, infatti, non può nemmeno essere ritenuta l'aggiudicazione definitiva, che - per quanto appena detto - era da considerarsi già ritualmente impugnata con il ricorso introduttivo. In definitiva, nella valutazione operata al riguardo dal Tribunale territoriale, il Collegio ritiene di non riscontare quel vizio di ultrapetizione di cui invece l'appellante si duole.

4. Sul piano sostanziale, sia la società Autobren, sia l'Amministrazione della difesa criticano la sentenza del T.A.R., per avere – erroneamente, a loro modo di vedere – ritenuto violata la regola dell'unicità dell'offerta. Nella fattispecie, il fatto che una delle due offerte formulate dalla Società ora appellante non corrispondesse alle specifiche del bando dovrebbe farla considerare inesistente e non viziente, come, infatti,

l'Amministrazione ha ritenuto a suo tempo con il provvedimento poi annullato dal Tribunale regionale. Per dirla con l'Avvocatura Generale, in questo caso la seconda offerta - si afferma - *vitiatur sed non vitiat*.

Viene in gioco, a questo proposito, l'art. 11, comma 6, del codice, a norma del quale "ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta".

Il principio secondo cui all'atto della partecipazione a un pubblico appalto ogni concorrente deve presentare un'offerta unica è giustificato dall'esigenza di consentire una comparazione delle diverse proposte che veda le imprese partecipanti in posizione di parità; la possibilità di presentazione di una pluralità di offerte o di offerte alternative, comportando la opportunità di sfruttare una pluralità di opzioni, non potrebbe mai essere riservata ad una sola impresa concorrente, ma dovrebbe comunque essere garantita a tutte le partecipanti in nome della "par condicio" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2008, n. 6205; Id., sez. V, 14 settembre 2009, n. 6695).

5. La società appellante richiama, peraltro, talune decisioni in cui il Consiglio di Stato avrebbe fatto un'applicazione - per così dire - flessibile della regola dell'unicità dell'offerta.

In disparte ogni altra considerazione sul merito delle pronunzie evocate, si tratta comunque di precedenti che non giovano alla tesi, perché relativi a fattispecie ben diverse da quella all'esame in questa sede (sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6371, esamina una vicenda in cui la commissione di gara aveva a priori disposto espressamente che "qualsiasi altro documento e/o dichiarazione inseriti nella busta contenente l'offerta economica a qualsiasi titolo prodotti, non avranno efficacia alcuna e si intenderanno

come non presentati o non apposti”; sez. V, 17 novembre 2009, n. 7163, considera non viziante un’ipotesi progettuale tale da non integrare una proposta ulteriore o alternativa, ma solo una soluzione subordinata alla soluzione principale, in grado di massimizzare il valore dell’intervento richiesto).

6. A fronte del chiarissimo disposto dell’art. 11 del codice, ritiene il Collegio che un’offerta ulteriore non violi il principio dell’unicità, e dunque non sia causa di esclusione, solo quando, per la sua obiettiva configurazione, diverga in modo così netto e radicale dallo schema del bando da potersi ritenere davvero irrilevante e non apposta e da non rappresentare, perciò, un fattore di turbativa della procedura.

Così non è invece nel caso controverso, là dove la società Autobren, oltre all’offerta corrispondente al bando, ne ha presentata un’altra le cui caratteristiche apparivano difformi solo in un punto particolare (la posizione della bocca di aspirazione), tale che l’offerta stessa non poteva considerarsi radicalmente al di fuori del perimetro della richiesta dell’Amministrazione.

Ne è seguita pertanto la lesione della regola dell’unicità dell’offerta e, in concreto, l’illegittimità della decisione dell’Amministrazione di andare in contrario avviso, tenendo per non formulata quella seconda offerta e aggiudicando la gara alla società Autobren.

7. Dalle considerazioni che precedono, discende che gli appelli sono infondati e vanno perciò respinti.

Le questioni evocate, peraltro, presentano almeno in taluni aspetti margini problematici, che suggeriscono di compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa fra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 10 dicembre 2013 e 14 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2014

IL SEGRETARIO

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