

N. 06625/2011REG.PROV.COLL.

N. 00284/2011 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 284 del 2011, proposto da:

Leomatic S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, e Spotti Olga di Balderi Andrea & C S.a.s., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi entrambi dall'Avv. Ivan Marrone, con domicilio eletto in Roma presso lo Studio Legale Lessona, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro della Difesa *pro tempore*, e Direzione di Commissariato Marina Militare – La Spezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Sda 2000, Società di Distribuzione Automatica S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Pierpaolo Curri, dall'Avv. Pasquale Cerbo e dall'Avv. Carlo Guglielmo Izzo, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Bruno Buozzi, 47;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. per la Liguria, Sez. II, n. 10365 dd. 12 novembre 2010, resa tra le parti e concernente aggiudicazione di gara per la fornitura in comodato d'uso di 171 distributori automatici per bevande e vivande.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Direzione di Commissariato Marina Militare – La Spezia, nonché di Sda 2000 Società di Distribuzione Automatica S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2011 il Cons. Fulvio Rocco e uditi l'Avv. Vittorio Chierroni in sostituzione dell'Avv. Ivan Marrone per le appellanti Società, l'Avvocato dello Stato Melania Nicoli per il Ministero della Difesa e la Direzione di Commissariato Marina e per Militare – La Spezia e l'Avv. Carlo Guglielmo Izzo per la Sda 2000 Società di Distribuzione Automatica S.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con lettera di invito prot. 4° Rep./ACQ:/10024 dd. 14 maggio 2010 la Direzione di Commissariato della Marina Militare de La Spezia ha invitato talune imprese, tra le quali

la Leomatic S.r.l. e la Spotti Olga di Balderi Andrea & C S.a.s. a presentare un'offerta per la fornitura in comodato d'uso di 171 distributori di bevande calde, bevande fredde, snack e gelati da installare a La Spezia presso vari Enti e Comandi della Marina Militare.

Secondo quanto previsto dalla stessa lettera di invito, tale fornitura doveva essere aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ossia mediante l'attribuzione di un massimo di 40 punti per il prezzo dei prodotti e di 60 punti per la qualità.

La durata del contratto era fissata in tre anni con decorrenza dalla data della sua stipulazione.

Alla gara hanno preso parte le attuali appellanti, le quali hanno in tale sede dichiarato che in caso di vincita della gara stessa avrebbero costituito tra loro un raggruppamento temporaneo di imprese, nonché la S.D.A. – Società di distribuzione automatica S.r.l. e la Luni Coffee S.r.l.

Luni Coffee è stata esclusa dalla gara per carenze documentali, nel mentre la fornitura è stata conseguita da S.D.A., avendo l'offerta della stessa riportato complessivamente 81 punti, dei quali 21 per il prezzo e 60 per la qualità; il raggruppamento Leomatic – Spotti si è invece collocato al secondo e ultimo posto della graduatoria finale con complessivi 72,70 punti, di cui 40 punti per il prezzo e 32,70 punti per la qualità.

Le attuali appellanti rimarcano di aver avuto notizia dell'avvenuta aggiudicazione a favore di S.D.A. soltanto con nota dd. 20 agosto 2010, priva oltre tutto di qualsivoglia indicazione circa la motivazione dell'aggiudicazione stessa e non recante in allegato i verbali di gara e il provvedimento formale di aggiudicazione: e ciò, quindi, in violazione dell'art. 79, comma 5-bis, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.

Tale nota, inoltre, neppure recava le modalità per ottenere l'accesso "immediato" agli atti di gara previsto sempre dall'attuale testo del medesimo art. 79 del D.L.vo 163 del 2006, espletabile nei dieci giorni successivi alla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva senza necessità di richiesta scritta (cfr. doc. 6 di parte appellante, già depositato agli atti del giudizio di primo grado).

In dipendenza di ciò, le appellanti hanno pertanto chiesto di accedere alla documentazione di gara secondo la normale procedura di cui all'art. 25 della L. 7 agosto 1990 n. 241 e successive modifiche, ottenendo il rilascio di copia di quanto di proprio interesse soltanto il 24 settembre 2008 (cfr. *ibidem*, doc. 8).

In data 27 settembre 2010 Leomatic e Spotti hanno inoltrato alla Direzione di Commissariato della Marina Militare de La Spezia, a' sensi e per gli effetti dell'art. 243-bis del D.L.vo 163 del 2006, la comunicazione preventiva della loro intenzione di proporre ricorso in sede giurisdizionale con contestuale invito alla stazione appaltante di disporre in via di autotutela l'annullamento dell'aggiudicazione a beneficio di S.D.A.(cfr. *ibidem*, doc. 9).

Con nota dd. 30 settembre 2010 la Direzione di Commissariato ha respinto la richiesta di Leomatic e Spotti.

1.2. In conseguenza di ciò, con ricorso proposto sub R.G. 840 del 2010 innanzi al T.A.R. per la Liguria, Leomatic e Spotti hanno congiuntamente chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara di cui trattasi e di tutti gli atti ad esso presupposti e conseguenti, deducendo nell'ordine – e per quanto qui segnatamente interessa – le seguenti censure:

a) violazione della lettera di invito ed, in particolare, dell'all. C della stessa, posto che l'offerta di S.D.A. era carente dell'attestazione dell'avvenuto sopralluogo nei locali dove i distributori dovevano essere installati: attestazione che era contemplata dalla *lex specialis* di gara a pena di esclusione; Leomatic-Spotti hanno rimarcato che, nell'evenienza dell'accoglimento di tale censura, S.D.A. dovrebbe essere esclusa dalla gara con conseguente aggiudicazione a loro beneficio della relativa fornitura, essendosi collocati nella posizione della graduatoria immediatamente successiva;

b) illogicità ed erroneità dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica di S.D.A., con la precisazione che anche in caso di accoglimento di tale censura l'aggiudicazione dovrebbe essere disposta a loro beneficio in dipendenza del minor punteggio che doveva essere riconosciuto a S.D.A.;

c) illegittimità dell'operato della Commissione di gara laddove aveva esaminato dapprima l'offerta economica e poi l'offerta tecnica delle imprese concorrenti; a tale riguardo Leomatic e Spotti hanno espressamente rimarcato che tale terza censura è stata da loro proposta in via strettamente subordinata alle altre due, posto che il suo accoglimento implicava il totale rifacimento della gara e non già – come per i due ordini di censure precedenti – l'aggiudicazione a loro favore della fornitura.

1.3. Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Difesa con la Direzione di Commissariato della Marina Militare di La Spezia, concludendo per la reiezione del ricorso.

1.4. Si è parimenti costituita in giudizio S.D.A., rassegnando analoga conclusione.

1.5. Con sentenza n. 10365 dd. 12 novembre 2010, resa in forma semplificata a' sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., la Sezione II del T.A.R. per la Liguria ha accolto il ricorso avuto riguardo, in via assorbente al terzo ordine di censure dianzi esposto, *“rilevato che, nella prospettiva ius-pubblicistica dell'azione impugnatoria avente ad oggetto la funzione pubblica, deve trovare campo prioritario il sindacato sulla più grave fra le illegittimità dedotte avverso il provvedimento impugnato (cfr. recentemente, per l'orientamento che privilegia quest'ultimo profilo, Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143) e che, oltretutto nella procedura concorrenziale in esame, s'è tradotta nella mancanza di trasparenza dell'evidenza pubblica. Sicché”*– per l'appunto – *“va accolto il terzo motivo di gravame laddove lamenta che Commissione di gara, invertendo la scansione del procedimento di valutazione delle offerte, ha esaminato quella economica prima di quella tecnica, violando la regole che informano le procedure di gara”*.

Il giudice di primo grado ha compensato integralmente tra tutte le parti le spese del giudizio, nell'espressa *“considerazione dell'incerta qualificazione giuridica dell'oggetto del contratto per cui è causa”*.

2.1. Con l'appello in epigrafe Leomatic e Spotti chiedono la riforma di tale sentenza deducendo in primo luogo l'avvenuta violazione degli artt. 1, 2, 39 cod. proc. amm. e dell'art. 101 cod. proc. civ. e del principio della domanda complessivamente contenuto in tali disposizioni processuali.

Ad avviso delle appellanti il giudice di primo grado, per certo non dotato di giurisdizione c.d. *“oggettiva”*, non era titolato a scegliere il motivo di ricorso da accogliere infrangendo con ciò la graduazione dei motivi medesimi formulata dalla parte ricorrente in coerenza con le diverse intensità dei corrispondenti interessi da essa complessivamente dedotti in giudizio; e, pertanto, il giudice adito non poteva escludere l'esame dei primi due ordini di motivi per dedicarsi all'esame del terzo ordine di motivi, posto che la stessa parte ricorrente aveva chiaramente precisato che il proprio interesse prioritario si identificava con l'ottenimento della fornitura, e non già con il rifacimento integrale della gara, ossia con il conseguimento di un *“bene della vita”* da essa perseguito in via strettamente subordinata.

Leomatic e Spotti ripropongono quindi nella presente sede di appello i primi due motivi di ricorso contenuti nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, ribadendone la fondatezza e chiedendone l'accoglimento.

2.2. Si sono costituiti anche nel presente grado di giudizio il Ministero della Difesa e la Direzione di Commissariato della Marina Militare di La Spezia, concludendo per la reiezione dell'appello.

2.3. Si è parimenti costituita in giudizio S.D.A., rassegnando analoga conclusione.

S.D.A., peraltro, ha pure eccepito in via preliminare l'improcedibilità del presente giudizio di appello per sopravvenuto difetto di un interesse di Leomatic e di Spotti alla sua decisione, posto che in esecuzione della sentenza impugnata (e in sostanziale conformità con l'interesse delle appellanti medesime a far caducare l'aggiudicazione della fornitura conseguita dalla stessa S.D.A.) la Direzione di Commissariato della Marina Militare di La Spezia ha indetto una nuova gara in sostituzione di quella annullata *ope iudicis*.

2.4. Alla pubblica udienza del 12 luglio 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

3. Il Collegio deve innanzitutto farsi carico della disamina dell'eccezione di improcedibilità dedotta da S.D.A.

Essa va respinta, posto che la nuova gara è stata indetta dall'Amministrazione intimata in ottemperanza della sentenza qui impugnata, con la conseguenza che tutti gli atti di tale nuovo procedimento di scelta del contraente da parte dell'Amministrazione medesima sarebbero comunque caducati in via automatica nell'ipotesi dell'accoglimento del presente appello e, quindi, della conseguente emissione da parte di questo giudice di una statuizione recante l'obbligo di aggiudicare la fornitura di cui trattasi a beneficio di Leomatic e di Spotti, salvi ovviamente restando gli esiti di tutti gli incombeni di verifica documentale da parte della stazione appaltante prima della stipula del relativo contratto.

Né va sottaciuto che il presente giudizio di appello stesso è stato proposto da Leomatic e da Spotti proprio al fine di veder loro riconosciuto il titolo all'aggiudicazione della fornitura di cui trattasi; e – in tale contesto – la circostanza che la stazione appaltante abbia indetto una nuova procedura per l'aggiudicazione della fornitura medesima in dichiarata esecuzione della sentenza di primo grado non incide sulla posizione soggettiva delle appellanti medesime, posto che nulla osta a che, pur in pendenza della nuova gara, il presente appello possa essere accolto.

4.1. Venendo al merito di causa, l'appello di Leomatic e di Spotti va – per l'appunto – accolto, e l'impugnata sentenza va pertanto riformata nel senso che il ricorso proposto in primo grado va accolto avuto riguardo, in via assorbente, al primo ordine di censure in esso dedotto.

4.2. Il Collegio non ignora che secondo una certa, pregressa giurisprudenza di questo giudice di appello, segnatamente recepita nel caso di specie dal T.A.R., il principio dispositivo che caratterizza ogni tipo di processo ad impulso di parte, ed il giudizio amministrativo in particolare, non potrebbe essere condiviso nella sua assolutezza, dovendo essere coordinato con l'opposta tesi secondo la quale rientrerebbe nel potere del giudice amministrativo, riveniente dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione della cura del pubblico interesse, decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico-giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (cfr. in tal senso, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2006, n. 5108; Sez. VI, 5 settembre 2002, n. 4487): dimodoché il giudice dovrebbe procedere in tal senso nell'ordine logico segnato da quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento e comunque idonei, in caso di accoglimento, a soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio (cfr. così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2006 n. 5108).

Tale tesi non è peraltro condivisa dal Collegio, sulla scorta di una prevalente giurisprudenza di segno contrario.

L'ordine del giudice nella disamina delle censure proposte dalla parte ricorrente non può infatti prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e comporta la necessità di esaminare prima quelle censure dal cui eventuale accoglimento deriverebbe un effetto pienamente satisfattivo della pretesa della parte medesima (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez.V, 6 aprile 2009 n. 3002).

Secondo il principio dispositivo, quindi, anche nel corso del processo amministrativo ben può ammettersi una graduazione delle censure, tale da subordinare alcune di esse al rigetto di altre,

secondo una valutazione della migliore soddisfazione degli interessi dedotti, come prospettati dalla parte ricorrente, verificandosi in questi casi una rinuncia preventiva a determinati motivi di ricorso, condizionata all'accoglimento di quelli che il ricorrente prospetti in posizione di preminenza, anche con semplice memoria difensiva.

Anzi, sempre in forza dello stesso principio dispositivo, sussiste comunque l'obbligo del giudice di proseguire nell'esame dei motivi, anche a prescindere dalla graduazione degli stessi disposta dalla parte, fino a quando egli sia certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non derivi più alcuna utilità al ricorrente (cfr. al riguardo, ad es., la stessa decisione di Cons. Stato, Sez. V, n. 3002 del 2009 cit.).

In tale contesto, dunque, l'eventuale assorbimento dei motivi disposto dal giudice amministrativo non può in ogni caso prescindere dalla fondamentale necessità che la soluzione prescelta, anche in mancanza di espressa graduazione dei motivi, deve essere quella che meglio soddisfa l'interesse del ricorrente; e la graduazione dei *petita* va pertanto affrontata dal giudice non già in base al puro strumento logico, in forza del quale non è dubbio che l'annullamento totale dell'atto o degli atti impugnati assorbirebbe ogni necessità di annullamenti parziali, ma in base ai principi propri del giudizio (e dunque di logica applicata), con ineludibile necessità di riferirsi, a tal fine, all'interesse dedotto in causa, secondo la sua concreta prospettazione fatta con la domanda: interesse che potrebbe essere in determinate ipotesi maggiormente soddisfatto da un annullamento parziale anziché da un totale travolgimento dell'atto o degli atti impugnati.

In altre parole, la discrezionalità del giudice di organizzare le priorità nell'esame della materia del contendere secondo un determinato ordine logico resta pur sempre correlata all'interesse di cui la parte ricorrente chiede tutela.

Il Collegio reputa in tal senso emblematico un caso assolutamente speculare affrontato da Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213, laddove si ribadisce –ancora una volta – che l'ordine seguito dal giudice di esaminare le censure non può prescindere dal principio dispositivo anche nell'ipotesi di contemporanea proposizione, da parte del ricorrente, di un motivo diretto ad escludere il primo classificato di una gara di appalto e di un ulteriore motivo tendente ad una rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara.

In tale decisione si legge testualmente che *“solo l'accoglimento della prima censura soddisfa l'interesse della seconda classificata ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto”*, e che essa *“doveva quindi essere esaminata per prima. Peraltro, anche seguendo un diverso ordine, risulta errato il disposto assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso; infatti, quale sia l'ordine di esame dei motivi, il giudice è tenuto a proseguire tale esame finché è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente. Il mancato accertamento dell'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente è dipeso proprio dall'omesso esame delle censure, con cui questa, seconda classificata, intendeva contestare la non avvenuta esclusione della prima in graduatoria. La prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi del ricorso, che già in precedenza poteva condurre a risultati errati, deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto, per assorbire un motivo, deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio. Va, infine, rilevato che il mancato esame delle prime censure non può essere escluso in quanto... occorrerebbe svolgere un'ulteriore attività istruttoria, in quanto in*

alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di economia processuale possono condurre ad una limitazione della tutela”.

Va soggiunto che nell’attuale contesto del diritto positivo disciplinante il processo amministrativo, tale soluzione è del tutto obbligata, posto che la *“tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”* (art. 1 cod. proc. amm.), e *“la parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall’art. 111, primo comma, della Costituzione”* (art. 2 cod. proc. amm.) sono garantiti anche dal c.d. *“rinvio esterno”* in forza del quale *“per quanto non disciplinato”* dal codice del processo amministrativo *“si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”* (cfr. art. 39 cod. proc. amm.): e tra tali principi va per certo annoverato l’obbligo del giudice di *“pronunciare”*, tra l’altro, *“su tutta la domanda”* (art. 112 c.p.c.; peraltro, la piena cogenza di tale articolo nel processo amministrativo costituiva *ius receptum* ancor prima dell’entrata in vigore del nuovo codice: cfr., ad es., tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4904).

4.3. Nel caso di specie, risulta quindi assorbente ai fini del decidere nel senso dell’aggiudicazione alle attuali appellanti della gara di cui trattasi – ferme ovviamente restando le verifiche d’obbligo della stazione appaltante prodromiche alla sottoscrizione del relativo contratto – la censura avente ad oggetto l’avvenuta violazione, da parte di S.D.A., dell’all. C alla lettera di invito (cfr. pag. 9 della lettera medesima), laddove si dispone – espressamente a pena di esclusione – l’obbligo per i concorrenti di farsi attestare l’avvenuto sopralluogo dei siti nei quali le macchine distributrici devono essere installate.

Nell’allegato anzidetto si dispone infatti, per quanto qui segnatamente interessa, che *“la validità dell’offerta è soggetta alle seguenti condizioni: a) effettuazione di un sopralluogo obbligatorio presso i vari Enti/Comandi interessati di cui all’allegato A che fa parte integrante del presente invito, per visionare i luoghi dove dovranno essere installati i distributori secondo i quantitativi/tipologia in detto allegato, con rilascio di attestazione da parte di ogni Ente /Comando interessato di avvenuto sopralluogo, da allegare all’offerta”.*

S.D.A. non ha ottemperato a tale obbligo; e, se è ben vero che nella documentazione da essa prodotta a supporto della propria offerta è presente un elenco degli Enti e Comandi destinatari della fornitura recante a margine alcune firme di personale addetto a tali strutture, ciò è stato fatto – per l’appunto – soltanto per alcuni Enti o Comandi e, comunque, senza che a tali firme si accompagni anche un’espressa attestazione dell’avvenuto sopralluogo del relativo sito.

Né può essere accolta la tesi di S.D.A. secondo la quale gli Enti/Comandi destinatari della fornitura sarebbero stati dieci, e che le firme raccolte e attestanti – in carenza di puntuali previsioni nella lettera di invito circa le formalità da seguire nella redazione dell’attestazione – l’avvenuto sopralluogo sarebbero state nove, nel mentre per quella mancante (tra l’altro, corrispondente a Marinarsen, ossia l’Arsenale della Marina Militare, e quindi una delle principali strutture servite dalla stazione appaltante) sarebbe stata redatta da parte della stessa S.D.A. un’autocertificazione in tal senso.

E’ agevole infatti riscontrare che l’anzidetto allegato A di per sé indica non già dieci, ma ben venti Enti/Comandi e 47 uffici, e che – come detto innanzi – la firma apposta a margine di (giova ribadire) alcune soltanto di tali strutture non può nella specie sostanziare l’avvenuto adempimento dell’obbligo dell’attestazione contemplato dalla lettera di invito.

5. Nonostante il dovuto accoglimento dell'appello, le spese e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio possono essere integralmente compensati tra tutte le parti.

Va peraltro posto a carico del Ministero della Difesa e della Direzione di Commissariato Marina Militare de La Spezia il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie come da motivazione e, per l'effetto, riforma l'impugnata sentenza nel senso che il ricorso proposto in primo grado va accolto avuto riguardo, in via assorbente, al primo ordine di censure in esso dedotto.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese e gli onorari dei due gradi di giudizio.