

N. 02646/2011REG.PROV.COLL.
N. 10784/2010 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 10784 del 2010, proposto da:
T.A.I. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio
eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria,
del Personale e dei Servizi, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Infodata S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Modestino D'Aquino
e Vinicio Gavazzi, con domicilio eletto presso Fabio D'Acuti in Roma,
viale delle Milizie, 34;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 36115/2010,
resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO FORNITURA SISTEMA
DI STORAGE AREA NETWORK E SERVIZI CONNESSI PER IL
CED DELLA CORTE DI CASSAZIONE - MCP

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi e di Infordata S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2011 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Modestino D'Aquino e Vinicio Gavazzi, nonché nella fase preliminare l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso al TAR del Lazio, la società TAI esponeva quanto segue.

1.1. Il Ministero della Giustizia, con nota del 26 maggio 2010 inviata alla Infordata S.p.a. e, per conoscenza, anche alla ricorrente TAI S.r.l. ha comunicato - con riferimento alla procedura concorsuale per l'aggiudicazione della fornitura di un sistema di storage area network e dei servizi connessi per il CED della Balduina in Via Damiano Chiesa n. 24, per quanto previsto dall'art. 79 co. 5, d.lgs. 163/2006 - di avere aggiudicato la fornitura alla Infordata S.p.a. per un importo complessivo di € 300.000 IVA esclusa.

2- La TAI S.r.l., risultata seconda in graduatoria, proponeva il menzionato ricorso, articolato in censure relative sia a carenze ritenute riscontrabili nella documentazione amministrativa presentata dall'aggiudicataria Infordata, sia ad illogicità che affliggerebbero la valutazione operata dalla Commissione ed i punteggi dalla stessa attribuiti.

In particolare, con riferimento alla documentazione amministrativa presentata dalla controinteressata, la TAI formulava i seguenti motivi:

_ Violazione e falsa applicazione del punto IV e dell'allegato 1 della lettera

di invito. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. 163/2006.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46 e 47 d.P.R. 445/2000.

Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

- Violazione e falsa applicazione del punto IV del disciplinare di gara.

Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

- Violazione dell'art. 48 d.lgs. 163/2006. Violazione del paragrafo X del disciplinare di gara. Violazione dei principi di trasparenza e par condicio.

Eccesso di potere. Difetto di istruttoria. Contraddittorietà. Sviamento.

Per quanto attiene alla valutazione operata dalla Commissione ed ai punteggi dalla stessa attribuiti, la ricorrente deduceva:

Violazione e falsa applicazione della "lex specialis" di gara. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e segnatamente erroneità dei presupposti, manifesta illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, sviamento.

3.- Il TAR adito ha ritenuto fondata l'eccezione di irricevibilità, sollevata dalle controparti, per tardività della notifica del ricorso, oltre il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione, in particolare osservando che:

- a fronte dell'eccezione proposta dalle controparti, la ricorrente, nella memoria di replica depositata il 12 novembre 2010, non ha contestato di avere ricevuto la comunicazione dell'aggiudicazione in data 26 maggio 2010, ponendo anzi in rilievo che la nota è stata trasmessa dalla stazione appaltante unicamente a mezzo fax, ma ha dedotto altri profili sulla cui base l'eccezione sarebbe infondata.

- pertanto, può senz'altro presumersi che l'aggiudicazione del 25 maggio 2010, comunicata con nota del 26 maggio 2010, sia stata conosciuta in tale ultima data dalla TAI S.r.l., la quale ha però provveduto a notificare il ricorso sia all'amministrazione resistente sia alla controinteressata solo in data 9 settembre 2010.

4.- La sentenza è stata impugnata dalla società TAI (che ha ottenuto la

domandata sospensione della sua esecuzione); l'appellante ha in questa sede riprodotto l'istanza di conseguire il contratto (ed i motivi di illegittimità dell'aggiudicazione impugnata), contestando la possibilità di computare il predetto termine decadenziale dal 26 maggio 2010, atteso che la comunicazione ricevuta in tale data, qualificandosi come atto di aggiudicazione provvisoria, e quindi di natura endoprocedimentale, sarebbe inidonea a produrre la lesione dell'impresa non aggiudicataria, che si verificherebbe solo con l'aggiudicazione definitiva.

La TAI ha altresì rilevato che la nota del 26 maggio 2010 sarebbe comunque inidonea a determinare l'avvio del termine decadenziale, in quanto solo la comunicazione effettuata in conformità dell'art. 79 d.lgs. 163/2006 avrebbe tale effetto, sempre che rechi tutti gli elementi allo scopo richiesti dalla norma con riferimento alla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

La nota in argomento, peraltro, sarebbe inidonea ad avviare il termine anche sotto un ulteriore profilo, essendo stata comunicata alla stazione appaltante unicamente a mezzo fax, senza che la TAI avesse espressamente autorizzato l'utilizzo di tale mezzo di trasmissione.

Conclusivamente il TAR avrebbe errato nel considerare il ricorso tardivo.

5.-L'appello è fondato.

5.1- La sentenza gravata ha ritenuto, sotto il primo aspetto, di non poter disconoscere la natura di aggiudicazione definitiva dell'atto in data 25 maggio 2010, comunicato dalla stazione appaltante in data 26 maggio 2010, in quanto il medesimo ha aggiudicato la fornitura alla Infordata S.p.a. per l'importo previsto, indicando come l'aggiudicazione stessa dovesse essere poi comunicata nelle modalità e nei termini di cui all'art. 79, c.5, del d.lgs. n.163/2006. Il primo giudice ha poi osservato che la comunicazione del 26 maggio, trasmessa all'aggiudicataria (e, per conoscenza, agli altri concorrenti) è stata effettuata per quanto previsto dall'art. 79, co. 5, d.lgs.

163/2006 e che, considerato il disposto di tale norma, non può essere posto in dubbio che la stazione appaltante, con la comunicazione del 26 maggio 2010, abbia inteso comunicare agli interessati l'aggiudicazione definitiva. E poiché “ l'art. 8, c. 2 quinquies, del d.lgs. 53/2010 (il cui testo è sostanzialmente riprodotto dall'art. 120, co. 5, d.lgs. 104/2010), vigente al momento della comunicazione (in quanto entrato in vigore il 27 aprile 2010) fissa il termine per la proposizione del ricorso in trenta giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione degli atti ai sensi dell'art. 79 d.lgs. 163/2006, il TAR ha concluso affermando che la comunicazione (nella specie avvenuta a mezzo fax) era idonea a far decorrere il termine di trenta giorni per l'impugnativa. Avendo superato detto termine il ricorso non poteva che essere dichiarato tardivo.

5.2.- La tesi proposta dall'appellante TAI, che contrasta le sopra riassunte argomentazioni, merita accoglimento.

- Il Collegio deve muovere dal rilievo incontestato che , “ratione temporis”, la comunicazione di cui si discute è stata emanata in vigenza dell'art. 8, c. 2 quinquies, del d.lgs. 53/2010 (e non dell'art. 120 del CPA, entrato in vigore solo nel settembre 2010), il quale a sua volta, come riconosce lo stesso TAR, dispone che il termine per la proposizione del ricorso, dalla norma dimidiato a trenta giorni, decorre dalla ricezione della comunicazione degli atti ai sensi dell'art. 79 d.lgs. 163/2006.

Quest'ultimo, al comma 2 lett. c, dispone che la stazione appaltante comunichi ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile il nome dell'offerente aggiudicatario e che la comunicazione deve essere accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione, contenente almeno le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto.

Pertanto, indipendentemente da come possa qualificarsi l'aggiudicazione che viene resa nota, ciò che rileva è che sin dal primo momento la

comunicazione, ai fini della decorrenza del termine dimezzato, non può limitarsi ad indicare l'aggiudicatario e l'importo, ma deve indispensabilmente contenere anche detti elementi connotanti l'offerta prescelta (sottolinea questa necessità recente giurisprudenza: cfr. TAR Marche, n. 3352/2010).

Né l'orientamento qui accolto è, ad avviso del Collegio, superabile con il rilievo che qualunque comunicazione dalla quale siano rilevabili gli elementi essenziali dell'atto è idonea a far decorrere il termine abbreviato, e ciò per principio generale ed anche ai sensi dell'art. 120 c.p.a, ove si dispone (comma 5) che ciò avviene in ogni altro caso dalla conoscenza dell'atto; osta infatti a queste tesi non soltanto il fatto, già rilevato, che l'art. 120 cpa non era in vigore al momento della comunicazione, ma anche che:

- il riferimento espresso ad "ogni altro caso" conferma l'inapplicabilità del termine dimezzato a fattispecie in cui la comunicazione sia regolata da disposizioni specifiche e di dettaglio;
- il principio generale richiamato, dal TAR e dal Ministero, non può trovare applicazione in presenza di una disposizione che, prevedendo per la proposizione del ricorso giurisdizionale un termine dimezzato, subordinatamente all'operatività di determinate condizioni, riveste certamente carattere speciale ed innovativo rispetto alla disciplina ordinaria (cfr. il previgente art. 4, c. 2, l.n. 205/2000).

Per contro, l'argomentazione del primo giudice secondo cui l'interpretazione offerta dalla TAI contraddirebbe la logica acceleratoria della normativa (consentendo di dilazionare il momento della conoscenza, e quindi il dies a quo per la proposizione del gravame), ad avviso del Collegio non può però spingersi sino a negare la tempestività del ricorso in casi evidentemente nei quali la mancata piena e completa conoscenza dell'aggiudicazione è esclusivamente imputabile ad una insufficiente applicazione dell'art. 79 c.2 da parte del soggetto appaltante, che non ha

fornito tutti i dati richiesti, in violazione di disposizioni che in materia assumono una valenza decisiva per la tutela dei diritti del concorrente. In altri termini il chiaro richiamo della norma di legge alla necessità di comunicare al soggetto non aggiudicatario “caratteristiche e vantaggi dell’offerta selezionata” costituisce un elemento essenziale proprio al fine di permettere di sindacare con completezza le scelte dell’amministrazione, con ciò logicamente facilitando l’eventuale esercizio del diritto di azione giurisdizionale da esercitarsi nel termine abbreviato.

Giova anche rilevare che le esigenze acceleratorie sono comunque salvaguardate dal successivo comma 5 dell’art. 79, che impone all’amministrazione di comunicare l’aggiudicazione, entro un termine non superiore ai cinque giorni, al concorrente che segue nella graduatoria (come appunto la TAI). Nel caso in esame, invece, non può non rilevarsi che la completezza degli elementi richiesti dalla norma è stata raggiunta solo a seguito del esercizio del diritto di accesso esercitato dalla TAI. Né quest’ultimo era precluso, come argomenta l’appellata, dal disposto dell’art. 79 comma 5 quater, e cioè dal decorso dei 10 giorni ivi previsti; tale disposizione si riferisce infatti solo agli atti intermedi del procedimento conclusosi con l’aggiudicazione, e non anche a quest’ultima,, restando quindi ferma la necessità che la comunicazione della scelta del contraente debba essere effettuata nel rispetto delle disposizioni del decreto che riguardano specificamente fasi precedenti all’esercizio dell’accesso, quali la comunicazione dell’atto di aggiudicazione.

5.3.- Anche sotto il profilo della modalità materiale della comunicazione la tesi del TAR non può essere condivisa; va sul punto confermato che, come rileva l’appellante, in base alla norma (c. 5 bis dell’art. 79) la comunicazione a mezzo fax è consentita solo se espressamente autorizzata dal concorrente, circostanza che nella fattispecie non risulta.

In ogni caso resta il dato obiettivo, ed assorbente, che il fax non recava gli

elementi richiesti dall'art. 79.

5.4- L'accoglimento della censura formulata avverso la declaratoria di tardività del ricorso di primo grado, comporta l'esame dei motivi in quella sede non esaminati e in questa sede riproposti dalla TAI.

5.4.1 – Con il terzo mezzo di impugnazione la TAI sostiene la tardività della presentazione (avvenuta il 4.8.10) da parte dell'aggiudicataria dei documenti richiesti dal disciplinare, per violazione del termine di 15 giorni dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione (nella specie avvenuta il 25/26.5.2010), previsto dal disciplinare di gara; sul punto l'aggiudicataria ribatte che il termine (che sarebbe peraltro meramente riproduttivo di quello indicato dall'art. 48, c.2, del decreto) decorrerebbe dalla scadenza dell'altro termine, (quello c.d di "stand still" previsto dall'art. 11, c.10, del decreto) e prima del cui decorso non può procedersi alla stipula del contratto; tale termine non sarebbe perentorio, attenendo al successivo momento procedimentale del controllo della posizione dell'aggiudicatario. L'interpretazione è suffragata dal rilievo che dopo la gara non sussistono quelle esigenze acceleratorie che sono invece presenti in pendenza della stessa, e dalla considerazione che i documenti richiesti con la comunicazione dell'aggiudicazione riguardano per esclusivamente la fase di conclusione del contratto.

La doglianza della TAI merita di essere accolta. L'appellante, invero, fa riferimento sia all'art. 48, c.2 del decreto n. 163/2006, il quale, al paragrafo X del disciplinare di gara (non contestato), precisa, a differenza dell'art. 48, che l'adempimento deve essere compiuto "entro e non oltre il termine" peraltro di 15 giorni, e non di 10. Al riguardo il Collegio osserva anzitutto che le due disposizioni non sono di analoga portata né formale né sostanziale. Ed invero, l'unica affinità tra le due norme è che entrambe fanno riferimento esplicitamente al "dies a quo" della data di aggiudicazione e si muovono nella prospettiva della stipula del contratto.

Ma sui termini va osservato che il paragrafo X del disciplinare non riproduce affatto l'art. 48, sia perché la misura del termine è differente, sia per la diversa natura delle due scadenze. Al riguardo la censura in esame è da ritenersi fondata con riferimento non all'art. 48 ma al paragrafo X del disciplinare di gara. La locuzione "non oltre", non contenuta nell'art. 48 del Decreto, rende infatti perentorio il termine previsto dal disciplinare (a differenza dell'ipotesi a cui si riferisce Cons. di Stato, sez. V, n. 3358/2003). La prescrizione inserita nella "lex specialis", sul punto non censurata, non può pertanto che prevalere sul cennato termine recato dal decreto legislativo.

5.4.2 – L'accoglimento del motivo ora esaminato determina l'applicazione della sanzione, prevista dal disciplinare di gara, della esclusione della Infodata dalla procedura e quindi l'illegittimità della aggiudicazione dalla stessa ottenuta, restando assorbiti gli altri motivi di primo grado contro la stessa proposti.

5.4.3.- Deve infine considerarsi la richiesta di conseguire il contratto, proposta dalla TAI. Escluso che la fattispecie costituisca grave violazione (e rientri quindi nell'art. 121 del CPA) viene qui in rilievo l'art.122 del codice, inerente la possibilità, a determinate condizioni, di dichiarare inefficace il contratto nel frattempo stipulato. Al riguardo il Collegio osserva che:

- il vizio acclarato a carico della aggiudicazione Infodata non comporta la ripetizione della gara, poiché:
 - - non incide su questioni che coinvolgono la posizione anche di altre imprese partecipanti oltre l'appellante;
 - - l'appellante è seconda classificata nella graduatoria di gara ed il subentro nella posizione di aggiudicatario, che prelude al contratto, può porsi come automatica conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione all'Infodata;
- il contratto Infodata-Ministero della giustizia è stato stipulato recentemente, ma è stato sospeso da misura cautelare (ord. n. 393 del

28-29/12/2001) emessa in questo grado del giudizio;

- conseguentemente sussistono le condizioni a che la TAI possa subentrare nel contratto di fornitura .

Pertanto, in conseguenza dell'accoglimento dell'appello (che determina l'annullamento dell'aggiudicazione alla Infordata), il Collegio ritiene di potere dichiarare anche l'inefficacia del contratto stipulato, e ciò a decorrere dalla data della sospensione cautelare del medesimo (29.1.2011).

5.5.- Conclusivamente l'appello deve essere accolto con conseguente riforma della sentenza impugnata ed accoglimento del ricorso di primo grado.

6. – Le spese di entrambi i gradi di giudizio seguono il principio della soccombenza (art. 91 cpc) e vanno poste a carico delle parti appellate in via solidale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, accoglie l'appello proposto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, e, per l'effetto:

-annulla l'aggiudicazione in favore della società INFORDATA;

-dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con la medesima società Infordata, con decorrenza dalla data della misura cautelare.

Condanna l'Amministrazione appellata e la Società INFORDATA, in solido fra loro, al pagamento in favore dell'appellante delle le spese di entrambi i gradi di giudizio, che liquida complessivamente in Euro cinquemila, oltre accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Guido Romano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2011

IL SEGRETARIO

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