

N. 02560/2012REG.PROV.COLL.
N. 08165/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8165 del 2011, proposto da:

Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

contro

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Andrea Manzi e Marco Pisoni, con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via Confalonieri n. 5;

nei confronti di

Manutencoop Facility Management S.p.a. in proprio e quale Capogruppo Mandataria dell'Ati costituita con Pulinet Servizi S.r.l., Consorzio Lavoro Ambiente Soc. Coop. ed Alisei Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Manzi e Franco Mastragostino, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

Markas Service Srl;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO di STATO - sez. V n. 3079/2011, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di sanificazione ambientale e servizi accessori

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento e di Manutencoop Facility Management S.p.a. in proprio e quale capogruppo Mandataria del Rti;

Viste le memorie difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 188 del 2012 ;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati Corea, Martinez, Manzi Andrea e Manzi Luigi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda provinciale per i servizi sanitari (APSS) di Trento ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di sanificazione ambientale e servizi accessori, per la durata di anni sei rinnovabili per altri tre, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara è risultata aggiudicataria provvisoria l'associazione temporanea di imprese guidata da Manutencoop; seconda classificata l'impresa Markas e terza l'impresa Dussmann.

2. Proposto ricorso da quest'ultima avverso l'aggiudicazione provvisoria e gli atti di gara, deducendo una pluralità di censure concernenti l'apertura e

la conservazione delle offerte tecniche nonché la nomina della Commissione, il Tar ha respinto l'impugnazione, in uno con i motivi aggiunti, con sentenza n. 195 del 2010.

3. Proposto appello, il Consiglio di Stato, sez. V, ha confermato la sentenza di primo grado anche nella parte in cui aveva ritenuta tardiva la censura, dedotta in primo grado con i motivi aggiunti, avverso la nomina dell'ing. Silvio Pugliese quale componente esterno della Commissione tecnica.

4. Con ricorso presentato ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, n. 4, c.p.c., Dussmann chiede ora la revocazione della sentenza di appello, sul duplice presupposto che il Consiglio di Stato, nel giudicare tardiva la censura relativa alla nomina del componente esterno della commissione, sia incorso in un errore di fatto rilevante, avendo dato per esistente il provvedimento finale di aggiudicazione definitiva, alla data della sentenza non ancora adottato, e che tale errore abbia avuto un'incidenza decisiva nell'economia della decisione. A tal fine l'impresa ricorrente rende noto di avere, frattanto, impugnato l'aggiudicazione definitiva, adottata il 31.5.2011, dinanzi al Tar.

Si è costituita, anche in questa sede, la APSS, con articolata memoria difensiva, replicando nel senso della insussistenza e della irrilevanza dell'errore di fatto.

Si è costituita Manutencoop, resistendo al ricorso.

All'udienza pubblica del 13.1.2012, in vista della quale le difese hanno depositato ulteriori memorie, la causa è passata in decisione.

5. Osserva preliminarmente il Collegio come, secondo la tesi di parte ricorrente, quando la sentenza impugnata ha dichiarato tardivo il motivo concernente la composizione della Commissione giudicatrice - dedotto nel giudizio di primo grado con motivi aggiunti - essa si sarebbe basata sul presupposto, erroneo, che il ricorso introduttivo, che non conteneva tale motivo, avesse ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della gara.

Solo in questa prospettiva, assume sempre parte ricorrente, il motivo

sarebbe stato tardivo in quanto la censura, sebbene in tesi già conosciuta all'atto di impugnare l'aggiudicazione definitiva, era stata avanzata solamente in un secondo momento, con la proposizione dei motivi aggiunti. Ma, ove tale presupposto venisse meno, dal momento che invece all'epoca del giudizio ancora non era stata adottata l'aggiudicazione definitiva e si verteva solamente sull'aggiudicazione (ancora) provvisoria, ne deriverebbe la necessaria rideterminazione del termine di impugnazione e, in ultimo, la tempestività del motivo concernente la composizione della Commissione.

6. Se questi sono, in sintesi, i termini della questione, è utile ricordare come, secondo il consolidato orientamento di questo Consiglio e di questa Sezione, l'errore di fatto, rilevante ai fini della revocazione, è solo quello che non coinvolge l'attività valutativa dell'organo decidente ma che, piuttosto, si è tradotto in un ostacolo materiale frapposto tra la realtà del processo e la percezione che di questa il Giudice abbia avuto. Deve, quindi, trattarsi di un ostacolo derivante da una, pura e semplice, errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, purché il fatto oggetto dell'errore non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza impugnata per revocazione abbia pronunciato, dovendosi escludere che il giudizio revocatorio, in quanto rimedio eccezionale, possa essere trasformato in un ulteriore grado di giudizio.

6.1. In un precedente molto recente della Sezione, pronunciato proprio con riferimento alla stessa gara in questione in occasione dell'impugnazione proposta da un diverso partecipante, si è ribadito come l'errore di fatto revocatorio debba consistere in una falsa percezione delle realtà processuale, ossia in una svista, ovvero in un abbaglio dei sensi, che abbia portato ad affermare o soltanto a supporre, in modo peraltro esplicito, l'esistenza di un fatto decisivo incontestabilmente escluso dagli atti di causa

ovvero l'inesistenza di un fatto decisivo che dagli atti risulti invece positivamente accertato.

L'errore di fatto deve poi essere legato da un nesso di causalità necessaria di carattere logico-giuridico con la pronuncia, nel senso che, eliminato il vizio, cadrebbe il presupposto su cui si fonda la decisione (Cons. St., III, n. 6569/2011 che richiama, in particolare, Cons. St. Ad. Plen. n. 2/2010).

7. Tanto premesso sul piano generale, nel caso di specie l'errore sarebbe dato dall'aver supposto come già definitiva un'aggiudicazione della gara che, in quel momento, era ancora solamente provvisoria.

L'errore sarebbe rilevante in quanto, essendo l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria una mera facoltà, la parte ben potrebbe dedurre nuovi ed ulteriori vizi della procedura di gara anche successivamente all'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, dopo che la stazione appaltante abbia adottato l'aggiudicazione definitiva, da intendersi quale il vero atto finale, il solo provvisto di immediata lesività.

7.1. Se questa è la tesi di parte ricorrente, ampiamente contrastata dalle controparti, deve essere chiaro che nella vicenda in esame, all'epoca del giudizio di cui è chiesta la revocazione, la stazione appaltante non aveva ancora aggiudicato definitivamente la gara e, tuttavia, Dussmann aveva scelto di impugnare subito l'aggiudicazione provvisoria.

Tale facoltà, come noto e come non è contestato in questa sede, non esonera la parte dall'onere di impugnare anche la successiva aggiudicazione definitiva, a pena di improcedibilità del primo ricorso.

7.2. Ciò posto, il solo punto della motivazione della sentenza, nel quale si menziona il "provvedimento finale dell'aggiudicazione della gara a terzi", e sul quale si concentrano le critiche dell'odierna ricorrente, è contenuto nel penultimo capoverso del paragrafo 4.

7.3. Ebbene, premesso che tale menzione - di per sé equivoca e non risolutiva, in quanto non parla di aggiudicazione definitiva ma, più

genericamente, di un provvedimento finale di aggiudicazione a terzi - parrebbe inserirsi nel quadro di un'affermazione *incidenter tantum*, priva di una reale incidenza sull'esito del giudizio; seguendo il ragionamento della ricorrente, l'errore in questione sarebbe, piuttosto, semmai, un errore di diritto.

7.4. L'affermazione "incriminata" è da intendersi, infatti, nel senso che la lesività dell'aggiudicazione definitiva, in luogo di quella provvisoria e degli atti ad essa prodromici (come, nel caso di specie, la nomina della Commissione giudicatrice), non impedisce la decorrenza del termine decadenziale qualora, per sua scelta, il concorrente impugni immediatamente l'aggiudicazione provvisoria.

Perché in tal caso - questo è il sottinteso della sentenza - è onere della parte dedurre subito tutti i vizi che inficiano il procedimento di gara, di cui sia già a conoscenza, senza centellinare le censure, evitando di selezionare quelle da far valere immediatamente e di riservare le altre al prosieguo della vicenda processuale, ove le prime non abbiano dato l'esito sperato.

7.5. Si deve ora aggiungere che una simile condotta processuale contraddice il principio di effettiva della tutela ed è contraria al canone della ragionevole durata del giudizio, oltre che in contrasto con i principi di correttezza e di buona fede oggettiva, la cui rilevanza in ambito processuale è da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza, anche ricorrendo alla formula dell'abuso del diritto e del processo.

7.6. In una serie di precedenti significativi di un orientamento più generale che è andato consolidandosi, si è affermato che non è consentito al creditore di una determinata somma, dovuta sulla base di un rapporto obbligatorio unitario, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, tanto più se scaglionate nel tempo, in quanto tale parcellizzazione di una domanda giudiziale (altrimenti) fondamentale unitaria si pone in contrasto con il principio di buona fede che deve

improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale giudizio, traducendosi in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte (Cass. III, n. 15476/2010; Cass. SS.UU., n. 23726/2007; Trib. Milano, V, 8.3.2010; Trib. Roma, II, 11.12.2008).

7.7. Ciò posto, facendo applicazione di un simile principio generale alle controversie che vertono in materia di procedure ad evidenza per l'affidamento di contratti pubblici, la facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria non dovrebbe consentire alla parte ricorrente, che si avvalga di simile facoltà processuale, di parcellizzare la deduzione dei vizi (degli atti endoprocedimentali) di cui, in quel momento, sia o debba ritenersi che sia già a conoscenza, pena l'abuso dello strumento processuale a scapito delle controparti e, più in generale, dell'interesse pubblico alla certezza dell'azione amministrativa autoritativa cui è connaturata la previsione di termini di decadenza per l'azione in giudizio.

7.8. Sebbene non consti che una simile *regula iuris*, da intendersi sottintesa al penultimo periodo del paragrafo 4 della sentenza qui impugnata, sia mai stata affermata a chiare lettere dalla giurisprudenza amministrativa, ciò non toglie che, a tutto concedere, ove tale regola fosse da disattendere - permettendo con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva di far valere vizi già noti in precedenza e tuttavia non tempestivamente dedotti con l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria - si sarebbe pur sempre al cospetto di un errore di diritto e non di fatto, come tale estraneo al rimedio revocatorio.

8. Ne consegue, per tutte queste ragioni, l'assenza del presupposto indispensabile per azionare il rimedio revocatorio, ossia l'evidenza di un errore di fatto risultante dagli atti e dai documenti di causa, il che rende il ricorso inammissibile.

9. Le spese e gli onorari di causa sono posti a carico della ricorrente,

secondo il principio generale della soccombenza, e sono liquidati con il dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese e degli onorari di causa in favore delle due controparti costituite, nella misura complessiva di Euro 6.000,00 (seimila/00), oltre agli accessori di legge, per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/05/2012

IL SEGRETARIO

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