

N. 06008/2013REG.PROV.COLL.
N. 01036/2011 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 1036 del 2011, proposto da:

Jas Jet Service S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Anglani, Roberto Leccese, Giuseppe Coco, con domicilio eletto presso Angelo Anglani in Roma, via XX Settembre, 1;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Saima Avandero Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Scarpa, Maria Stefania Masini, Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso Stefania Masini in Roma, via Antonio Gramsci, 24; Alitalia Compagnai Aerea Italiana Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I BIS n. 33633/2010, resa tra le parti, concernente affidamento servizio trasporto/spedizione con vettori aerei cargo di materiali e mezzi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di Saima Avandero Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati Clemente, per delega dell'Avv. Anglani, Masini e l'Avvocato dello Stato Daniela Giacobbe;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica notificato in data 7 maggio 2010 ai controinteressati Saima Avandero spa e Alitalia Compagnia Aerea Italiana spa, l'attuale appellante, Jas Jet Air Service spa, agiva per l'annullamento del decreto di aggiudicazione del 2 dicembre 2009 alla Saima Avandero spa della gara per il servizio di trasporto/spedizione con vettori aerei cargo di materiali e mezzi anche classificati nelle Forze armate; impugnava altresì gli atti presupposti e consequenziali. Con atto di opposizione notificato in data 3 giugno 2010 Saima Avandero chiedeva la trasposizione in sede giurisdizionale sicchè in data 17 giugno 2010 la ricorrente depositava presso il Ministero della Difesa il ricorso, la relativa documentazione e si costituiva chiedendo l'accoglimento del ricorso. Il Ministero intimato si costituiva chiedendo dichiararsi la inammissibilità e tardività del ricorso e nel merito chiedendone il rigetto perché infondato.

Nel ricorso venivano dedotti vari motivi, in particolare in ordine alla violazione dei principi in tema di pubblicità di gare; la ricorrente, terza graduata, in sostanza sosteneva che illegittimamente non era stata esclusa la prima graduata, mentre avrebbe dovuto essere tout court esclusa senza rimessione nei termini per produrre documenti essenziali.

Il giudice di primo grado riteneva tempestivo il ricorso in relazione alla

circostanza che la completa conoscenza degli atti di gara e dell'aggiudicazione altrui si era avuta solo in data 1 marzo 2010; concludeva però per l'inammissibilità del ricorso sulla base della normativa intervenuta (art.8 comma 1 lettera b) del D.lgs. 20 marzo 2010 n.53 di Attuazione della c.d. direttiva appalti, che modificava l'art. 245 del codice appalti nel senso che tutte le tipologie di atti in materia di gare per appalti sono impugnabili unicamente con ricorso al tribunale amministrativo regionale competente) durante la pendenza del termine per il ricorso straordinario, che precludeva in via definitiva il rimedio in questione in materia di appalti. Tale normativa, pubblicata in Gazzetta ufficiale in data 12 aprile 2010 n.84, è entrata in vigore dal 27 aprile 2010 e quindi il ricorso straordinario, proposto in data 7 maggio 2010, è stato introdotto quando oramai l'istituto e il rimedio erano venuti meno.

Né, secondo il primo giudice, si poteva ritenere che potessero valere i termini previgenti (e l'istituto precedente) in quanto si tratta di rimedio definitivamente soppresso e non confermato, mentre la ultravigenza di un termine può valere in caso di modifiche normative processuali, che lascino intatta la disciplina del rimedio.

Avverso tale sentenza propone appello la stessa società, deducendo i seguenti motivi.

In primo luogo deduce la erroneità della conclusione del primo giudice, in quanto una lettura costituzionale e rispettosa dell'art. 24 Costituzione non può non far ritenere che, sia pur sopprimendo il rimedio a decorrere dalla entrata in vigore del decreto di recepimento della direttiva ricorsi, con normativa che faceva venir meno per il futuro la esperibilità del rimedio del ricorso straordinario, rispetto ad un termine ancora pendente e non esaurito – in assenza di una disciplina transitoria – il rimedio del ricorso straordinario era ancora esperibile.

Il cittadino, che prima della entrata in vigore della disciplina soppressiva,

aveva il doppio rimedio di tutela del ricorso al tribunale entro sessanta giorni e del ricorso straordinario entro centoventi giorni, anche dopo la soppressione dell'istituto, conservava per i termini aperti quel rimedio.

In subordine, in ogni caso, avrebbe dovuto essere concesso il rimedio dell'errore scusabile, per quelle novità legislative e ragioni di incertezza, come riconosciute dallo stesso giudice nel motivare la compensazione delle spese di lite.

Con gli altri motivi di appello deduce e ripropone i motivi già dedotti e non esaminati in prime cure. In particolare, deduce che taluni elementi erano previsti dalla *lex specialis* a pena di esclusione, come la disponibilità in proprietà o ad altro titolo di aeromobili cargo di varie categorie e la disponibilità con indicazione dei luoghi di agenzie e/o corrispondenti nelle principali aree di interesse delle Forze Armate (motivo riproposto sotto diverso profilo anche a pagina 33 e seguenti dell'appello); per la *lex specialis* non dovevano essere presi in considerazione i plichi pervenuti oltre il termine perentorio di scadenza.

La Commissione, invece, rispetto alla Saima, poi classificatasi prima per il maggiore ribasso offerto (36,13%), incorreva nelle seguenti illegittimità: assegnava nuovo termine a Saima per adempiere all'onere di dimostrare i requisiti, pur scaduti i termini perentori; in seduta non pubblica invece che pubblica accertava essere finalmente pervenuta la documentazione di Saima; procedeva in seduta non pubblica alla apertura dei plichi, mancando ogni riferimento nei verbali all'effettivo svolgimento della attività di verifica.

L'appellante deduce e rappresenta come, pur essendosi essa classificata al terzo posto mentre Alitalia si era collocata al secondo posto, cionondimeno essa sarebbe munita dell'interesse a ricorrere, in quanto, in caso di esclusione della prima, la rinnovazione parziale della procedura porterebbe ad accertare il possesso dei requisiti di Alitalia e, nella ipotesi in cui questa

non ne risultasse munita e fosse anch'essa esclusa, ne risulterebbe l'aggiudicazione in favore dell'appellante.

Si è costituita l'appellata Amministrazione chiedendo il rigetto dell'atto di appello, ribadendo la inammissibilità o improponibilità sancita dal primo giudice, ma anche la tardività del ricorso straordinario, perché il termine a quo andava calcolato dalla prima conoscenza dell'aggiudicazione altrui, avvenuta in data 18 gennaio 2010 e perché il ricorso è stato depositato all'amministrazione solo in data 17 giugno 2010; nel merito chiede rigettarsi l'appello perché infondato e chiede condannarsi la controparte per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c..

Si è costituita l'appellata Jas Jet Air Service spa, deducendo la inammissibilità del ricorso, non essendo stati proposti motivi avverso la seconda graduata; per il resto chiede rigettarsi l'appello perché infondato.

Nella memoria per l'udienza pubblica del 3 dicembre 2013 la società Jas Jet Air Service spa ha ribadito le sue conclusioni.

Con atto del 19 novembre 2013 depositato in data 19 novembre 2013 l'appellante ha chiesto dichiararsi la sopravvenuta improcedibilità dell'appello per sopravvenuto difetto di interesse, esponendo che il contratto è stato interamente eseguito e che essa, alla gara, era arrivata terza graduata e non essendo emerse cause di esclusione della seconda graduata.

Alla udienza pubblica del 3 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.L'appellante ha chiesto dichiararsi la sopravvenuta improcedibilità dell'appello per sopravvenuto difetto di interesse, esponendo che il contratto è stato interamente eseguito e che essa, alla gara, era arrivata terza graduata e non sono emerse cause di esclusione della seconda graduata.

Il Collegio pertanto non può che dichiarare la improcedibilità dell'appello per sopravvenuto difetto di interesse.

2. Per completezza, e anche ai fini della condanna alle spese in virtù del principio della soccombenza virtuale, non si può fare a meno di osservare che il ricorso originario, per quanto detto dallo stesso appellante, era già da ritenersi, *in limine*, inammissibile.

L'appellata amministrazione ha dedotto tale inammissibilità con riguardo sia alla questione della proponibilità del ricorso straordinario che alla mancanza di interesse, in generale, del terzo graduato che non muova alcuna censura avverso la seconda classificata, che per altre ragioni.

L'art. 8, comma 1 lettera b) del D.Lgs. 20 marzo 2010, n.53, nel modificare l'art. 245 del codice dei contratti pubblici, ha stabilito che gli atti delle procedure di affidamento sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente (concetto poi trasfuso all'art. 120 del c.p.a.).

Tale disciplina che ha escluso pro futuro il rimedio del ricorso straordinario nella suddetta materia, che non contiene né discipline transitorie né intertemporali, deve ritenersi entrato in vigore in data 27 aprile 2010, poiché il citato D.Lgs. 53 del 2010 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 12 aprile 2010, n.84.

L'appellante invoca un principio per così dire di *affidamento legislativo* e in subordine chiede la concessione dell'errore scusabile, non potendosi negare l'incertezza normativa della questione.

Il Collegio osserva che dal consapevole e voluto uso della parola "unicamente" il legislatore ha voluto che non fosse più ammesso il ricorso straordinario in materia di appalti.

Si è osservato come tale scelta sia conseguenza sia della direttiva che della legge delega.

La direttiva consente agli Stati membri di prevedere ricorsi amministrativi o giurisdizionali purchè entrambi rispettino i principi di celerità ed effettività e purchè ad essi si connetta in caso di proposizione l'effetto sospensivo

automatico verso la stipulazione del contratto; d'altronde la legge delega si riferiva al solo ricorso giurisdizionale.

Deve ritenersi che il ricorso straordinario, la cui disciplina non si poteva modificare o adeguare alle esigenze comunitarie in assenza di delega sul punto, nella sua attuale configurazione, sarebbe da ritenersi non conforme alla direttiva in materia di appalti.

Non a caso, la Commissione speciale del Consiglio di Stato nell'esaminare lo schema di decreto legislativo (n.368 del 1 febbraio 2010), osservava come anche la differenza di termini (trenta giorni in luogo dei precedenti sessanta) di centoventi giorni del ricorso straordinario lo rendono incompatibile con la specialità del rito.

L'appellante invoca, come detto, il principio dell' "*affidamento legislativo*" (e della certezza dei rapporti, così Ad.Plenaria n.1 del 7 marzo 2011) nel rimedio, al momento in cui ancora pendeva e non era spirato il termine e in subordine la concessione dell'errore scusabile.

Il Collegio, dopo aver rilevato che nella specie manca una disciplina transitoria, *rectius*, intertemporale similmente invece all'art. 2 dell'allegato 3 del codice del processo amministrativo - ai sensi del quale per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti - osserva che si può prescindere dall'esame completo della questione, in quanto il ricorso originario deve in ogni caso ritenersi (sarebbe in ogni caso) inammissibile per carenza di interesse attuale e concreto, per le ragioni che di seguito si enunceranno.

3. Si può limitare all'essenziale, non essendo rilevante oltre modo, la questione della tardività del ricorso originario, eccepita nuovamente dall'amministrazione e dai controinteressati.

Al proposito il primo giudice ha osservato che: l'aggiudicazione definitiva è stata pubblicata sulla GURI e sulla GUCE in data 18 e 24 dicembre 2009; con istanza del 18 gennaio 2010, in cui dimostrava di conoscere l'esito della

gara, la ricorrente chiedeva di accedere agli atti di gara e li riceveva in data 1 marzo 2010; il ricorso è stato proposto, nei termini decorrenti dal 1 marzo 2010, in data 7 maggio 2010.

Al riguardo il Ministero deduce che: in relazione al dies a quo, già con le pubblicazioni sopra menzionate e certamente al momento della istanza del 18 gennaio 2010, la parte conosceva l'esito sfavorevole dell'aggiudicazione; quanto al dies ad quem, il ricorso è stato presentato all'amministrazione solo in data 18 giugno 2010.

Il Collegio osserva come la giurisprudenza abbia spesso dovuto affrontare il tema della individuazione prevista della decorrenza del termine per impugnare in materia di gare (come ricordato nel su menzionato parere n.368 del 2010) e come sia necessaria non solo la conoscenza della sua lesività, ma anche di un minimo contenutistico al fine di poter impugnare, fermo restando che la successiva conoscenza di altra documentazione può invece al massimo abilitare e rimettere in termini ai fini della proposizione di motivi aggiunti.

Nella specie, la parte conosceva sì l'aggiudicazione ad altri nel momento in cui ha presentato l'istanza, ma può ritenersi che non fosse consapevole della portata lesiva nei suoi contenuti dell'atto in questione, se non dal momento della ottenuta ostensione, avvenuta solo in data 1 marzo 2010, come ha riconosciuto anche il primo giudice.

Decorrendo i centoventi giorni dalla data del 1 marzo 2010, il termine sarebbe spirato solo in data 30 giugno 2010 e quindi ben oltre sia rispetto alla data di notifica ai controinteressati Alitalia e Saima, che rispetto al deposito a mani presso il Ministero della Difesa, avvenuto in data 17 giugno 2010.

Pertanto, esaminando la questione della tempestività, il ricorso straordinario, a prescindere dalla sua ammissibilità o meno sotto altri profili, era da ritenersi tempestivo.

4. Ad opinione del Collegio, tuttavia, il ricorso originario sarebbe stato in ogni caso da ritenersi inammissibile perché privo di interesse, essendo stato proposto dalla terza graduata avverso l'aggiudicazione avvenuta in favore di Saima spa.

La stessa parte appellante, consapevole della delicatezza della questione, sostiene (da pagina 29 in poi) che a seguito della esclusione di Saima, chiesta deducendo vari motivi di censura, sussisterebbe la possibilità di una esclusione anche di Alitalia, a seguito della verifica del possesso dei requisiti di questa; non conseguendo quindi un effetto automatico di aggiudicazione all'Alitalia (è la tesi), non sarebbe esclusa una successiva automatica aggiudicazione a favore della appellante JAS spa.

La pretesa è infondata, come dimostra la stessa appellante nel chiedere in fine la declaratoria di improcedibilità.

Infatti, l'appellante non ha mosso alcuno specifico motivo avverso la seconda graduata Alitalia, pur essendo essa soltanto terza graduata.

In generale la concorrente terza graduata non ha interesse ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore di altra concorrente, qualora non abbia investito di censure anche la posizione della seconda graduata, non potendo neppure far valere l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara (tra tante, Cons. Stato. IV, 12 febbraio 2007, n.587).

D'altronde, è pacifico in materia di gare che sia inammissibile per carenza di interesse il ricorso proposto avverso una aggiudicazione, quando risulti a priori alla sottoposizione alla c.d. prova di resistenza con certezza che anche nel caso di suo accoglimento l'impresa ricorrente non risulterebbe in ogni caso aggiudicataria; si ravvisa inammissibilità per carenza di interesse anche nella ipotesi del ricorso contro gli atti della graduatoria compilata al termine di una procedura che, senza aggredire la gara nel suo complesso (come invero non è nella specie, nel qual caso sussisterebbe, se del caso, un interesse strumentale alla rinnovazione totale della gara), contenga censure

in ordine alla posizione di alcuni dei soggetti partecipanti ma non anche della impresa avente una posizione migliore e peggiore rispetto a quella del ricorrente.

In ordine alla individuazione delle condizioni per valutare la sussistenza dell'interesse a ricorrere avverso gli atti di una procedura di gara, l'utilità che il ricorrente tiene a conseguire, sia essa finale o strumentale, deve derivare in via immediata e secondo criteri di regolarità causale dall'accoglimento del ricorso, non in via mediata da eventi incerti e potenziali quali l'esito negativo di una verifica di anomalia e a maggior ragione della verifica del possesso dei requisiti.

Tale eventuale verifica negativa sulla seconda graduata costituirebbe infatti una mera eventualità, di modo che l'esclusione per tale ragione dell'offerta della seconda graduata non rappresenterebbe dal punto di vista giuridico-formale una normale ed immediata conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione originaria della prima graduata (in tal senso, Cons. Stato, VI, 2 aprile 2012, n.1941; IV, 12 febbraio 2007, n.587).

D'altronde, quando l'appellante JAS sostiene che dall'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione in favore di Saima non conseguirebbe in termini di certezza l'automatico effetto dell'affidamento dell'appalto alla impresa seconda classificata, sostiene tesi non condivisibile per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, perché all'annullamento eventuale dell'aggiudicazione in favore della prima, seguirebbe in modo pressoché automatico l'aggiudicazione in favore della seconda graduata Alitalia, considerato che, come pacifico, il metodo di aggiudicazione era quello numerico del maggiore ribasso e Saima aveva offerto uno sconto del 36,13%, Alitalia del 14%, JAS dell'11,55%.

E' evidente che, quando i principi sugli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione, vengono richiamati, essi fanno riferimento alla esigenza

o meno di una nuova valutazione delle offerte.

Nella specie, valendo il criterio del maggior ribasso o sconto in percentuale, migliore per Alitalia seconda graduata, l'effetto pressoché automatico sarebbe stato quello della aggiudicazione alla seconda graduata.

Ma anche a ritenere tale effetto in modo non automatico, perché l'aggiudicazione alla seconda avrebbe dovuto accompagnarsi all'accertamento dei requisiti, deve ritenersi inammissibile il ricorso della terza graduata, senza alcun minimo cenno al possibile difetto di requisiti della impresa meglio posizionata, che risulterebbe l'automatica aggiudicataria.

In una parola, come la terza graduata ha riscontrato motivi di esclusione in capo alla prima graduata, aveva l'onere di fare altrettanto, almeno in nuce (anche ai fini della dimostrazione della sussistenza dell'interesse a ricorrere) avverso la seconda graduata, assistendosi, in caso contrario, ad un annullamento senza effetti utili o meglio utili ad altri e quindi dinanzi ad una inammissibile (ex art. 81 c.p.c.) azione proposta nell'interesse altrui.

5. Avendo, con atto del 19 novembre 2013 depositato in data 19 novembre 2013, l'appellante richiesto dichiararsi la sopravvenuta improcedibilità dell'appello per sopravvenuto difetto di interesse, sulla base delle sopra esposte considerazioni, l'appello va dichiarato improcedibile.

La condanna alle spese del presente grado di giudizio segue il principio della soccombenza come sopra richiamato; si ritiene di non accogliere la richiesta di condanna al risarcimento per aggravata condotta processuale sia per l'assenza di danni effettivi sia per la sufficienza della condanna alle spese per soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di giudizio, liquidandole in complessivi euro quattro mila, di cui duemila a favore della appellata amministrazione statale e duemila a favore della controinteressata Saima Avandero spa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2013

IL SEGRETARIO

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