



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 8640 del 2011, proposto da Sibar s.r.l.u., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Daniele Granara e Federico Tedeschini, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, largo Messico n. 7, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Ministero della difesa, in persona del ministro legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

nei confronti di

Magazz s.r.l.u., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, n. 1546 del 25 ottobre 2011 e della successiva sentenza n. 235 del giorno 1 febbraio 2012;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2012 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti l'avvocato Daniele Granara e l'avvocato dello Stato Alessia Urbani Neri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 8640 del 2011, Sibar s.r.l.u. propone appello avverso il dispositivo di sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, n. 1546 del 25 ottobre 2011 e la successiva sentenza n. 235 del giorno 1 febbraio 2012 con la quale è stato accolto, limitatamente alla domanda di annullamento della gara, e respinto, in relazione alla richiesta risarcitoria, il ricorso proposto contro il Ministero della difesa e la Magazz s.r.l.u., con il ricorso originario, per l'annullamento dell'atto del Capo del Servizio Amministrativo e Capo Gestione Finanziaria del 9° reggimento d'assalto paracadutisti "Col Moschin" prot. 19002 del 29 dicembre 2010, ricevuto

dall'esponente il 31 dicembre 2010, recante comunicazione di mancata aggiudicazione alla ditta SI-BAR S.r.l. del servizio di collocazione di distributori di snack, bevande calde e fredde all'interno delle caserme Vannucci e Ciro Scianna; del verbale di valutazione tecnico-economica n. 444 del 29 dicembre 2010, recante aggiudicazione alla ditta Magazz s.r.l.u. del servizio di collocazione di distributori di snack, bevande calde e fredde all'interno delle caserme Vannucci e Ciro Scianna e per l'annullamento di ogni atto preparatorio, presupposto, inerente conseguente e/o comunque connesso in particolare: del verbale di valutazione tecnico-economico n. 418 del 13 dicembre 2010; in parte qua della lettera di invito del 9° reggimento d'assalto paracadutisti "Col Moschin", prot. n. 16299 Cod. Id. 5.3. Ind. Class. 6.4.1 dell'11 novembre 2010 e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni; nonché, con i motivi aggiunti depositati il 23 marzo 2011, per l'annullamento dell'atto del Capo Servizio Amministrativo del 14 febbraio 2011; del provvedimento di nomina della commissione di valutazione delle offerte del 13 dicembre 2010; dell'atto di richiesta di produzione dell'analisi dei costi, inviato alla Magazz s.r.l.u. in data 14 dicembre 2010 e di ogni atto preparatorio, presupposto, inerente, conseguente e/o comunque connesso, oltre che per la declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato dalla P.A. con la Magazz s.r.l.u. il 30 dicembre 2010 e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al giudice di prime cure, la parte ricorrente aveva premesso di essere una società operante da anni in provincia di Livorno nel settore della distribuzione automatica di alimenti e bevande. In tal veste, la società veniva invitata a concorrere alla ricerca di mercato indetta dal Ministero della difesa – 9° reggimento d'assalto paracadutisti "Col Moschin" per la collocazione di distributori di alimenti e bevande all'interno delle caserme "Vannucci" e "Ciro Scianna", site in Livorno. Alla ricerca di mercato venivano invitate, altresì, le ditte Artemidia, Ciaponi Moreno & C., Trade Company S.r.l. e Magazz s.r.l.u..

In adesione a detto invito, l'esponente presentava la propria offerta, allegando la documentazione richiesta, come da lettera di invito del 9° reggimento d'assalto paracadutisti "Col Moschin" datata 11 novembre 2010.

In esito all'esame delle offerte, la commissione di gara valutava come offerta economicamente più vantaggiosa quella della Magazz s.r.l.u., ritenendo, comunque, opportuno acquisire dalla società stessa un'analisi dei costi, "per meglio valutare la congruità dello sconto offerto". Con verbale del 29 dicembre 2010 la commissione, preso atto della documentazione fornita dalla Magazz s.r.l.u. e ritenuti validi i chiarimenti esposti, proponeva l'aggiudicazione del servizio alla predetta società: proposta che veniva approvata e fatta propria dell'Amministrazione, con atto in calce al suindicato verbale.

Alla ditta esponente veniva successivamente comunicato, con nota prot. n. 19002 del 29 dicembre 2010, ricevuta il 31 dicembre 2010, di non essere risultata aggiudicataria del servizio.

Avverso i suindicati atti di gara – ed in particolare, la comunicazione di mancata aggiudicazione, il provvedimento di aggiudicazione alla Magazz s.r.l.u., il verbale di valutazione delle offerte e di valutazione dell'analisi dei costi fornita dalla predetta Magazz s.r.l.u., nonché la lettera di invito – è insorta la SI-BAR S.r.l. unipersonale, impugnandoli con il ricorso originario indicato in epigrafe e chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione.

A supporto del gravame, la società ha dedotto i seguenti motivi, volti all'aggiudicazione diretta del servizio in favore della società stessa:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara, ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, per non avere la Magazz s.r.l.u. provveduto al deposito, unitamente all'offerta, del Documento unico di regolarità contributiva (D.U.R.C.) in originale o in copia

conforme, essendosi limitata a produrre copia semplice della richiesta di D.U.R.C. allo Sportello Unico Previdenziale I.N.A.I.L.;

- violazione e falsa applicazione degli artt. 39, 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e della lex specialis di gara ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, per non avere la Magazz s.r.l.u. provveduto al deposito, all'interno della busta recante l'offerta, del certificato originale di iscrizione alla Camera di commercio, o di una sua copia conforme non anteriore a sei mesi, per avere tale ditta fornito dichiarazioni bancarie del tutto inidonee e generiche e per non avere essa depositato una copia conforme (ma solamente una copia semplice) della polizza assicurativa di adeguato massimale;

- violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 del d.lgs. n. 163/2006, anche in relazione alla violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, nonché dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e della lex specialis di gara ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, poiché la commissione di gara si sarebbe limitata a giudicare positivamente gli elementi forniti dall'aggiudicataria in sede di chiarimenti sulla congruità dello sconto offerto, senza indicare le ragioni di una simile valutazione positiva;

- violazione dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara ed eccesso di potere per difetto dei presupposti e di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste e sviamento, giacché l'offerta formulata dalla Magazz s.r.l.u. sarebbe stata sottoscritta da uno solo degli amministratori, in contrasto con lo statuto della società, il quale prevede la firma congiunta dei due amministratori per gli atti di valore superiore a € 15.000, come sarebbe indubbiamente il servizio per cui è causa.

In subordine, a supporto dell'interesse strumentale all'annullamento della gara ed alla conseguente sua ripetizione, la Sibar s.r.l.u. ha dedotto le seguenti ulteriori censure:

- violazione dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara ed eccesso di potere per difetto dei presupposti e di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, per essersi la commissione di gara, in maniera del tutto inspiegabile, riunita per procedere all'esame delle offerte alle ore 11.00 del giorno 13 dicembre 2010, anziché alle ore 9.00, come previsto nella lettera di invito;

- violazione dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara ed eccesso di potere per difetto dei presupposti e di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, in quanto le ditte Artemidia e Trade Company S.r.l., ancorché invitate, non opererebbero nel settore alimentare e, perciò, sarebbero state impossibilitate a presentare offerte, il che avrebbe compromesso l'esito della gara, mutando, altresì, la soglia dell'anomalia;

- violazione dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara ed eccesso di potere per difetto dei presupposti e di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, poiché sarebbe del tutto ingiustificata ed illegittima la clausola della lettera di invito (punto 12) che pone a carico dell'aggiudicataria del servizio i canoni di concessione per l'occupazione di aree

demaniali, essendo la riscossione di detti canoni di spettanza dell'Agenzia del Demanio e non dell'Amministrazione procedente;

- violazione dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, dei presupposti e di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, in quanto mancherebbe nel verbale di gara ogni riferimento alla procedura seguita ed ai criteri utilizzati dalla commissione in sede di valutazione dell'analisi dei costi trasmessa dalla Magazz s.r.l.u. e della congruità dello sconto offerta dalla stessa.

La società ricorrente ha formulato, altresì, domanda di risarcimento dei danni patiti in conseguenza degli atti (asseritamente) illegittimi impugnati.

Con motivi aggiunti depositati il 23 marzo 2011 la Sibar s.r.l.u., oltre a reiterare l'impugnazione dei provvedimenti già gravati con il ricorso originario, ha impugnato i seguenti atti, di cui ha avuto conoscenza per effetto di istanza di accesso agli atti dell'8 febbraio 2011:

- l'atto a firma del Capo Servizio Amministrativo prot. nr. 2299/AMM/6.5.2. del 14 febbraio 2011, recante chiarimenti in relazione all'istanza di accesso agli atti;

- il provvedimento di nomina della commissione di gara, del 13 dicembre 2010;

- la richiesta, inviata in data 14 dicembre 2010 a mezzo e-mail alla Magazz s.r.l.u., di produrre l'analisi dei costi, ai fini della valutazione della congruità dell'offerta.

A supporto del ricorso per motivi aggiunti, con cui ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, degli atti impugnati, la società ha dedotto le seguenti censure aggiuntive, volte all'aggiudicazione diretta del servizio in favore della società stessa

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 Cost., del principio di par condicio tra i concorrenti, della lex specialis di gara, ed eccesso di potere per difetto dei presupposti illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, poiché la richiesta di chiarimenti rivolta all'aggiudicataria al fine di meglio valutare la congruità dello sconto offerto sarebbe generica ed indeterminata, tanto che da essa non si desumerebbe quali chiarimenti la P.A. abbia inteso domandare e quali la Magazz s.r.l.u. avrebbe dovuto fornire; peraltro, la doverosa specificazione successivamente effettuata sul punto dalla P.A. sarebbe atto promanante da soggetto privo di qualsiasi potere al riguardo e, dunque, da considerare nullo e/o inesistente;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara, ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, per essere stati i chiarimenti predisposti dalla Magazz s.r.l.u. comunicati alla P.A. oltre il termine da quest'ultima fissato, che avrebbe avuto carattere perentorio;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara, ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, in quanto la Magazz s.r.l.u. non avrebbe fornito i chiarimenti richiesti, non producendo l'analisi dei costi richiestale al fine della valutazione della congruità delle offerte;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e

di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara, ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, per non avere la P.A. né dato della tardività insanabile dei chiarimenti trasmessi dall'aggiudicataria, né specificato le ragioni per cui i suddetti chiarimenti sarebbero stati sufficienti;

In subordine, a supporto dell'interesse strumentale all'annullamento della gara ed alla conseguente sua ripetizione, la Sibar s.r.l.u. ha dedotto i seguenti ulteriori motivi aggiunti:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara, ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, in quanto sulla copia della busta, recante l'offerta dell'aggiudicataria Magazz s.r.l.u., l'attestazione dell'ora di presentazione dell'offerta risulterebbe effettuata a mano e senza firma, né apposizione di timbro, il che renderebbe impossibile dimostrare la tempestività dell'offerta stessa;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dei canoni di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e della lex specialis di gara, ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifeste, arbitrarietà e sviamento, per l'illegittimità da cui sarebbero affette le modalità di nomina della commissione di gara.

La ricorrente ha inoltre reiterato la domanda di risarcimento dei danni.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa – 9° reggimento d'assalto paracadutisti "Col Moschin", depositando un rapporto informativo, con documentazione allegata, nonché una memoria difensiva e concludendo per la reiezione del ricorso originario e dei motivi aggiunti, in ragione della infondatezza.

Si è costituita in giudizio, altresì, la controinteressata Magazz s.r.l.u., depositando una comparsa di costituzione e risposta ed una memoria e concludendo per la reiezione del ricorso originario e dei motivi aggiunti, previa reiezione dell'istanza cautelare.

Nella Camera di consiglio del 31 marzo 2011 il Collegio, ritenuto, ad un primo esame, insussistente il fumus boni juris, per essere le censure della ricorrente o relative a mere irregolarità o, comunque, superabili, e per l'inconferenza della giurisprudenza richiamata dalla ricorrente stessa in ordine alla censura di difetto di motivazione circa il carattere soddisfacente delle giustificazioni rese dalla società aggiudicataria per la propria offerta economica, con ordinanza n. 394/2011 ha respinto la domanda incidentale di sospensione. L'ordinanza è stata, peraltro, riformata in sede di appello dal Consiglio di Stato, Sez. IV, con ordinanza n. 2552/2011 del 14 giugno 2011.

Il ricorso, discusso all'udienza del 19 ottobre 2011, veniva deciso con la sentenza appellata, preceduta dal deposito del dispositivo n. 1576 del 25 ottobre 2011.

Contro il dispositivo, la Si.Bar. s.r.l.u. proponeva immediato appello, a norma dell'art. 119 del codice del processo amministrativo, con contestuale istanza di emissione di provvedimento cautelare inaudita altera parte. Respinta tale richiesta, con decreto presidenziale del 3 novembre 2011 n. 4824/2011, si costituiva nel giudizio l'Avvocatura dello Stato per il Ministero della difesa, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via graduata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 22 novembre 2011, l'istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 5131/2012.

A seguito del deposito della sentenza di primo grado, l'appellante proponeva motivi aggiunti, depositati il 24 febbraio 2012, con contestuale ulteriore richiesta di misura cautelare. Fissata così la camera di consiglio del 3 aprile 2012, in quella occasione veniva richiesto l'abbinamento al merito e, all'udienza del 19 giugno 2012, il ricorso veniva infine discusso ed assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato e merita accoglimento entro i termini di seguito precisati.

2. - In via preliminare, la Sezione ritiene di dover esaminare il profilo di interesse all'appello, come proposto a seguito dell'accoglimento del ricorso in primo grado, la cui esistenza è contestata dalla difesa erariale, sulla scorta dell'affermato soddisfacimento della domanda ivi proposta. In dettaglio, l'eccezione sollevata sostiene la sopravvenuta carenza di interesse sulla scorta di due diverse argomentazioni: da un lato, si sottolinea come, essendo scaduto il contratto in data 31 dicembre 2012, l'appellante non potrebbe conseguire il richiesto subentro del contratto, anche per il mutato assetto ordinamentale della struttura militare (che, al fine di razionalizzare l'affidamento del servizio in questione mediante accentramento delle funzioni ad un'unica stazione appaltante, ha concentrato le procedure di gara in capo al comando Brigata paracadutisti "Folgore", da cui dipende il reggimento appellato); dall'altro, la domanda proposta in primo grado sia stata integralmente accolta dal giudice di prime cure, soddisfacendo integralmente le pretese dell'originaria ricorrente e facendo quindi venir meno la situazione di soccombenza che determina la legittimazione ad appellare.

2.1. - L'eccezione, sotto entrambi i profili, non è fondata e va respinta.

In relazione al primo profilo, non può che osservarsi come il mutato assetto di riparto di competenze, interno agli organi del Ministero della difesa, non è in sé elemento idoneo a far venire meno la tutela giurisdizionale, sia in relazione alla permanenza dell'imputazione degli atti allo stesso centro giuridico di riferimento, ossia lo stesso Ministero, sia in rapporto alla possibilità di accoglimento, quanto meno, della subordinata domanda risarcitoria, ritenuta non fondata dal giudice di prime cure.

L'eccezione erariale ha tuttavia una sua importanza, di carattere secondario, in rapporto all'esatta identificazione del tipo di tutela concedibile. Come, infatti, si evince dagli atti, il contratto è scaduto il 31 dicembre 2012: pertanto non vi è alcun interesse ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto, in quanto da un lato non potrebbe chiedere il subentro in un contratto scaduto, e dall'altro perché, mutata la competenza al fine dello svolgimento della gara e dovendosi svolgere ex novo la gara, non avrebbe la possibilità di azionare la clausola di cui al punto 2 del disciplinare, che prevedeva la possibilità di prorogare la durata del contratto. Ne deriva, anticipando quanto si dirà in seguito, che l'unica tutela approntabile è quella di carattere risarcitorio.

In relazione al secondo profilo, occorre evidenziare come la domanda proposta in primo grado dall'attuale appellante abbia postulato fondamentalmente due diverse azioni: da un lato, ed in via principale, quella tesa a conseguire l'aggiudicazione del contratto; dall'altra, ed in via residuale, quella mirante all'annullamento dell'intera procedura di gara, al fine di conseguire l'interesse strumentale alla sua riedizione.

In disparte i profili di rilevanza nell'ordinamento di tale seconda situazione soggettiva (in particolare dopo la decisione Consiglio di Stato ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4 dove si precisa come "la legittimazione al ricorso risulta ulteriormente circoscritta quando l'interesse in questione non si collega in modo immediato ed evidente con un determinato bene della vita ..., ma si atteggia come mera prospettiva della ripetizione del procedimento"), non può sottacersi come le due azioni siano diverse tra loro, non solo in relazione ai tradizionali elementi identificativi (ed in effetti, il petitum si connota in maniera radicalmente diversa), ma anche in rapporto alla disciplina stessa, atteso che gli artt. 120 sgg. del codice del processo amministrativo prevedono modi e limiti ulteriori per conseguire il risultato dell'aggiudicazione del contratto, profondamente diversi dalla mera azione di annullamento degli atti in vista della riedizione della procedura di gara.

È quindi del tutto vero e condiviso l'insegnamento a cui fa riferimento la difesa erariale in merito alla possibilità, lasciata al giudice di merito di graduare l'esame dei motivi in modo difforme da quanto espressamente indicato dal ricorrente. Questo Consiglio ha espressamente evidenziato come tale prassi, solo apparentemente in contrasto con il

principio dispositivo sancito dall'art. 112 c.p.c., vada coordinata con l'opposta tesi, sviluppata dalla giurisprudenza tradizionale, secondo cui rientra nel potere del giudice amministrativo, derivante dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, 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 (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5108; sez. VI, 5 settembre 2002, n. 4487).

La tecnica dell'assorbimento dei motivi non è quindi illegittima ogni qualvolta non sia frutto di arbitrio o casualità giudiziaria ma espressione consapevole del potere di controllo esercitato dal giudice amministrativo sull'esercizio della funzione pubblica (così, Consiglio di Stato, sez. V, 06 aprile 2009 n. 2143).

Nel caso in esame, al contrario di quanto evidenziato finora, il T.A.R. non ha operato un assorbimento di motivi diversi collocati all'interno della stessa azione (normalmente, di annullamento), ma ha operato una scelta tra le due diverse domande proposte della parte ricorrente, che aveva espressamente posto in ordine subordinato le sue domande. Il T.A.R. non ha quindi operato una legittima graduazione di motivi, ma un'inversione dell'ordine proposto delle azioni, accogliendo la seconda (della quale, come sopra accennato, è del tutto dubbia la tutelabilità) e non coltivando l'altra (fondata, come si vedrà).

Peraltro, tale inversione, con conseguente messa in ombra delle scelte di tutela della parte interessata, è avvenuta sulla scorta di non meglio precisate ragioni (il passo della sentenza che giustifica tale scelta è questo: "il Collegio ritiene di dover dare la precedenza, per ragioni di ordine logico, alle censure miranti alla ripetizione della gara"), in un contesto in cui il principio positivizzato di conservazione degli atti giuridici avrebbe dovuto trovare il doveroso spazio.

Ritiene invece la Sezione che, al di fuori del ristretto ambito dell'assorbimento dei motivi all'interno della stessa azione proposta, il principio dispositivo debba imporre la valutazione in concreto dell'interesse della parte ricorrente e che, quindi, nel caso in specie, stante la sua mancata soddisfazione, legittimi ampiamente il ricorso in grado di appello, visto l'accoglimento unicamente della domanda subordinata di annullamento dell'intera procedura di gara, evidentemente meno soddisfattiva.

3. - Venendo al merito dell'appello, lo stesso è fondato e va accolto, evidenziando peraltro come, stante la mancata impugnazione della pronuncia demolitoria del T.A.R., la disamina verrà condotta solo in relazione ai motivi non accolti e tendenti unicamente a far dichiarare la fondatezza della pretesa dell'appellante all'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Ritiene la Sezione di dover dare preliminare ed assorbente rilievo al terzo motivo di ricorso, con il quale si lamenta violazione dei canoni di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e del principio di par condicio tra i concorrenti; violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.; violazione della "lex specialis" della gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria dei presupposti, di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste; arbitrarietà; sviamento. In concreto, l'appellante evidenzia come l'offerta della controinteressata sia stata acquisita dall'amministrazione senza alcuna formale assunzione al protocollo, senza rilascio di alcuna apposita ricevuta, senza alcuna firma del soggetto a cui è stata consegnata e senza apposizione di timbro alcuno, contrariamente a quanto prescritto dal bando, con ciò rendendo impossibile dimostrare la tempestività dell'offerta stessa.

La doglianza va accolta.

Si tratta di una censura fondamentale già compresa nel profilo che ha determinato l'accoglimento del ricorso da parte del T.A.R. e che, in quanto non gravata, appare coperta dal giudicato interno. Ha affermato, condivisibilmente, il primo giudice:

“In proposito il Collegio concorda con le censure della ricorrente, in particolare lì dove quest’ultima lamenta come la semplice indicazione manuale, apposta a penna sulla busta, della data e dell’ora di presentazione dell’offerta è sprovvista dei formalismi minimi che consentano di ricondurre alla P.A. l’indicazione stessa e, perciò, non può aver alcun valore probatorio. Un tale metodo di attestazione, del tutto insoddisfacente, risulta adottato in via generale dalla P.A., in palese violazione della lettera di invito, la quale prescriveva, al punto 6, che la presentazione dell’offerta, possibile anche a mezzo di raccomandata a/r, potesse avvenire mediante consegna a mano, con rilascio di apposita ricevuta. Del resto, la necessità di una ricevuta in caso di consegna a mano, al fine di garantire, anche sotto il profilo della prova della tempestività della presentazione dell’offerta, la par condicio competitorum, si desume dal fatto che una ricevuta simile sarebbe stata rilasciata nel caso di invio a mezzo posta, stante la prescrizione della lettera di invito che, come detto, imponeva in tale ipotesi l’utilizzo della raccomandata con avviso di ricevimento”.

Dalle dette affermazioni, condivise dalla Sezione, non può tuttavia giungersi alla decisione finale del T.A.R. della Toscana che, accomunando in un unico contesto azioni diverse, come sopra esaminato, ha annullato l’intera procedura, mettendo in disparte i profili di disponibilità dell’azione della parte.

Al contrario, appare corretto procedere all’accoglimento del ricorso, in parte qua, in relazione alla fondatezza del motivo sulla carenza di prova della tempestività della presentazione dell’offerta da parte della controinteressata, annullando in parte qua gli atti gravati.

4. - L’accoglimento della doglianza permette di assorbire le restanti censure, interne all’azione di annullamento dell’aggiudicazione, che peraltro apparivano infondate sia in relazione alla mancata produzione del DURC (in quanto in sede di partecipazione era stata data prova del possesso dei requisiti con autocertificazione a norma dell’art. 38 comma 2 del codice degli appalti pubblici, seguita da produzione del documento una volta conseguito l’appalto, come previsto dalla lex specialis di gara, al punto a. del numero 6 della lettera di invito), sia in rapporto alle altre formalità di gara.

5. - Assodata l’illegittimità dell’aggiudicazione e la necessità del suo annullamento, va rilevato che la parte appellante abbia insistito sulla domanda di subentro nel contratto de qua.

Tuttavia, stante la situazione creatasi, anche a seguito dell’avocazione in capo al comando brigata della competenza allo svolgimento delle procedure di gara ed alle ragioni esaminate in sede di vaglio delle eccezioni preliminari, appare impossibile disporre l’inefficacia del contratto, dovendosi invece provvedere tramite risarcimento per equivalente, come peraltro postulato in via residuale della stessa appellante.

Venendo quindi al detto profilo risarcitorio, osserva la Sezione come, dalla scansione appena evidenziata, emerga con nettezza l’esistenza degli elementi della fattispecie di danno prospettata dalla parte appellante, non solo in relazione alla struttura data al procedimento di gara in sé, che ha portato ad evidenziare l’irregolarità delle modalità di svolgimento della selezione stessa, ma anche in relazione al comportamento della stessa amministrazione, sia in rapporto al procedimento stesso, come pure dal mancato rispetto delle ordinanze cautelari emesse da questo Consiglio (in particolare, sia in riferimento all’ordinanza n. 2552/2011 che a quella n. 5131/2011). Il danno conseguito dall’appellante, consistente nei mancati introiti derivanti dall’aggiudicazione a terzi dell’appalto, vanno quindi collegati eziologicamente all’illegittima azione amministrativa, configurandosi tutti gli elementi per la condanna al risarcimento del danno.

Appare quindi necessario procedere alla quantificazione del danno sofferto dall’appellante che, non potendo essere risarcito in forma specifica, dovrà essere corrisposto per equivalente. A tal fine, in mancanza di contestazione da parte delle controparti, la Sezione ritiene di poter fare affidamento sulla quantificazione contenuta nella relazione tecnica presentata dalla stessa appellante e datata 21 maggio 2012, fondata peraltro sui risultati di gestione

precedentemente conseguiti nello svolgimento dello stesso servizio nell'anno 2010 e quindi ontologicamente attendibili (superando così, per la maggiore attinenza al caso in specie, il criterio ordinario fondato sul rapporto percentuale sul valore posto a base d'asta).

In relazione a tale aspetto, ritiene la Sezione che, in merito al termine prefissato di durata contrattuale, ossia un anno, il danno debba essere risarcito integralmente, nei limiti indicati nella stessa relazione, fino al concorrere della somma di €. 14.428,00.

In relazione invece alla possibilità che il contratto potesse essere ulteriormente prorogato per altri due anni, va evidenziato come si tratti di un'ipotesi prognostica, ricadente nel concetto di perdita di chance, e quindi valutabile in termini meramente equitativi. In particolare (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 31 maggio 2011 n. 3278) va ricordato come nelle gare pubbliche la perdita di chance di rilievo risarcitorio, in quanto entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, e non mera aspettativa di fatto o generiche ed astratte aspirazioni di lucro, deve correlarsi a dati reali, senza i quali risulta impossibile il calcolo percentuale di possibilità delle concrete occasioni di conseguire un determinato bene, che il danneggiato ha l'onere di fornire.

Nella fattispecie, emerge come non sia in discussione tanto il profilo del possibile utile di gestione, quanto la possibilità che il contratto potesse essere prorogato, come indicato nella lettera di invito, secondo una scelta discrezionale della stessa amministrazione. Tuttavia, tale possibilità di proroga, prevista dall'art. 2 della lettera di invito, era subordinata alla decisione della stessa amministrazione, dietro richiesta scritta del contraente.

Ritiene quindi la Sezione che la possibilità di un tale rinnovo fosse del tutto plausibile, come si evince non solo dalla sua espressa considerazione nel bando di gara, ma dalla circostanza che fosse anche un vantaggio per l'amministrazione, sollevata dalle difficoltà dello svolgimento annuale di altre procedure di gara.

Pertanto, quantificando in via equitativa il danno ulteriore, comprensivo anche della fisiologica percentuale di crescita delle vendite e del danno curriculare, anche questo evocato, può essere liquidata una cifra corrispondente al 50% di quanto stimato in relazione al primo anno di contratto, per un ammontare di ulteriori €. 7.214,00 per ognuno dei successivi due anni, da sommarsi a quelli già individuati, per una complessiva quantificazione del danno pari a €. 28.856,00.

A tale cifra, andranno aggiunti interessi e rivalutazioni, fino all'integrale soddisfo, secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia (per tutti, Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2012 n. 1052).

6. - L'appello va quindi accolto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Accoglie l'appello n. 8640 del 2011 e per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per Toscana, n. 1546 del 25 ottobre 2011 e della successiva sentenza n. 235 del giorno 1 febbraio 2012, accoglie il ricorso di primo grado, con diversa motivazione;
2. Accoglie la domanda di risarcimento dei danni, nei sensi espressi in motivazione;
3. Condanna il Ministero della difesa a rifondere a Sibar s.r.l.u. le spese del doppio grado di giudizio, che liquida in €. 3.000,00 (euro tremila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge. Compensa integralmente tra le rimanenti parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2012, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Gaetano Trotta, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/09/2012

IL SEGRETARIO

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