



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 10226 del 2011, proposto da:
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del
Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata per legge in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Torre Argentina - Società di Servizi S.p.a., rappresentata e difesa
dagli avv. ti Michele Lioi e Marco Orlando, con domicilio eletto
presso il primo di essi in Roma, piazza della Libertà, 20;

nei confronti di

Isimm Ricerche S.r.l., non costituita;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO di STATO - SEZ. VI n. 5106/2011,

resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di monitoraggio delle trasmissioni televisive delle emittenti nazionali

Visti il ricorso per revocazione e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Torre Argentina - Società di Servizi S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, presenti per le parti l'avv. Lioi e l'avvocato dello Stato Stigliano Messuti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla G.U. n. 295 del 17.12.2004, l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni indisse una procedura ad evidenza pubblica, mediante licitazione privata, per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico del servizio di monitoraggio delle trasmissioni televisive delle emittenti nazionali.

La società Torre Argentina s.p.a., precedente affidataria del servizio, impugnò il bando e, con motivi aggiunti, i successivi atti di gara, contestando l'entità dell'importo posto a base d'asta, giudicato incongruo con l'attività richiesta, nonché la legittimità dell'ammissione dell'impresa risultata poi aggiudicataria, sotto vari profili.

2. Il Tar respinse la prima impugnativa avverso il bando di gara e dichiarò inammissibile il secondo ricorso avverso i successivi atti della procedura.

3. Proposto appello avverso la sentenza, il Consiglio di Stato ha confermato la prima parte della pronuncia e ne ha invece riformato la restante parte, ritenendo le censure dedotte contro l'aggiudicazione ammissibili e fondate. Ha infatti ravvisato due ragioni di esclusione di Isimm ricerche s.p.a., impresa aggiudicataria, legate per un verso alla mancata presentazione di tutte le garanzie bancarie richieste e, per altro verso, al conflitto di interessi determinato dal fatto di rivestire allo stesso tempo il ruolo di controllore e di controllato, essendo Isimm ricerche partecipata indirettamente da Rai, Mediaset e La 7.

4. Con il presente ricorso l'Autorità chiede la revocazione della sentenza di appello deducendo l'esistenza di tre errori di fatto rilevanti ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., quali sarebbero:

a) la mancata rilevazione ed applicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 che ha affermato il principio secondo il quale, ove sia accertata la legittimità dell'esclusione dalla gara della parte ricorrente, le censure dedotte avverso i successivi atti sono inammissibili per carenza di legittimazione, senza che possa essere sufficiente il solo interesse strumentale alla ripetizione della procedura;

b) la mancata considerazione che, nella vicenda in esame, ricorrevano

i giustificati motivi, ai sensi dell'art. 13, comma 3, d.lgs. 157/1995, al fine della presentazione di una sola garanzia bancaria;

c)l'affermazione circa la natura meramente confermativa dell'aggiudicazione definitiva che, quindi, a giudizio del giudice dell'appello, non necessitava di esplicita impugnazione, sul rilievo che, invece, il ricorso aveva avuto ad oggetto solamente atti endopcedimentali.

4.2. Si è costituita la società Torre Argentina, replicando con memoria difensiva nel senso che il primo degli errori dedotti non atterrebbe ad un fatto e che il secondo ed il terzo investirebbero due punti controversi sui quali la sentenza si è espressamente pronunciata.

4.3. All'udienza pubblica del 13 aprile 2012 la causa è passata in decisione.

5. Osserva il Collegio, in premessa, come per giurisprudenza consolidata, al fine di ipotizzare un errore di fatto idoneo, ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c., a giustificare il ricorso per revocazione, sia necessario che vi sia stata una errata percezione del contenuto degli atti di giudizio, derivante da svista o abbaglio dei sensi, tale da indurre il giudicante a supporre l'esistenza di un fatto che obiettivamente non esiste oppure a considerare inesistente un fatto che risulta, invece, positivamente accertato; e che, inoltre, l'errore sia stato determinante ai fini della pronuncia emessa (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato III, n. 1294/2012; Ad. Plen. n. 2/2010).

5.1. L'errore di fatto revocatorio consiste in una falsa percezione della realtà processuale e cioè in una svista – obiettivamente ed immediatamente rilevabile – che abbia portato ad affermare o soltanto supporre l'esistenza di un fatto decisivo incontestabilmente escluso dagli atti di causa ovvero la inesistenza di un fatto decisivo che dagli atti risulti invece positivamente accertato, restando inteso che tale supposizione non deve essere implicita, ma deve essere espressa e risultare dalla motivazione, in quanto “un abbaglio dei sensi è incompatibile con l'omissione di motivazione, perché è la motivazione che rivela l'abbaglio” (cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 36/1982).

5.2. L'errore di fatto che consente di rimettere in discussione la decisione del giudice con il rimedio straordinario della revocazione è, quindi, solo quello che non coinvolge l'attività valutativa dell'organo decidente, ma tende invece ad eliminare l'ostacolo materiale frapposto fra la realtà del processo e la percezione che di questa il giudice abbia avuto (Cons. St. VI, n. 447/1982 n. 447), ostacolo promanante da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio (Cons. St. IV, n.504/1982).

5.3. Deve in particolare ritenersi inammissibile la domanda di revocazione che si fondi sull'erroneo apprezzamento delle risultanze processuali, trattandosi in quel caso di un errore di giudizio.

5.4. La stessa conclusione si impone qualora il fatto asseritamente

erroneo abbia costituito un punto controverso sul quale sia intervenuta la pronuncia del giudice.

5.5. E' astrattamente possibile che in entrambi questi ultimi casi – l'erroneo apprezzamento delle risultanze processuali, ed errore di fatto che abbia però ad oggetto un punto controverso sul quale il giudice si sia pronunciato - emerga un errore di diritto, o di giudizio, ma si tratterebbe di un errore comunque non censurabile mediante la revocazione, altrimenti questo rimedio si risolverebbe, impropriamente, in un ulteriore grado di giudizio, non previsto nel nostro ordinamento (v. Cons. St. Ad. Plen. n. 2/2010 cit.).

6. Ciò posto, venendo all'esame delle critiche rivolte alla sentenza impugnata, il primo degli errori dedotti è, semmai, manifestamente un errore di diritto ovvero di giudizio.

6.1. Si contesta, infatti, la mancata osservanza del principio affermato dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, peraltro appena pochi mesi prima la pubblicazione della sentenza qui impugnata, secondo il quale l'impresa legittimamente esclusa da una gara non è più legittimata ad impugnare i successivi atti della medesima procedura, in specie l'esito finale della stessa, non essendo sufficiente il solo interesse strumentale alla ripetizione della gara.

6.2. Ebbene, è evidente come tale censura si appunti su di un errore di giudizio che la sentenza avrebbe commesso, laddove ha fatto applicazione di indirizzi giurisprudenziali meno recenti, su di una questione peraltro a lungo dibattuta, in dottrina ed in giurisprudenza,

come è dimostrato dalla necessità di ben due pronunce dell'Adunanza Plenaria sul medesimo tema, la n. 11 del 2008 e la n. 4 del 2011, che sono giunte a conclusioni sensibilmente differenti l'una dall'altra.

6.3. Dopodiché, ribadito come l'errore imputato alla sentenza impugnata sia un errore di giudizio e non di fatto, non è questa la sede per interrogarsi sulle conseguenze del mancato rispetto dell'art. 99 comma 3 del c.p.a. laddove, sull'esempio dell'art. 374 comma 3 c.p.c. (a seguito della modifica del 2006), impone alla sezione, che ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, di rimettere a quest'ultima la decisione del ricorso; non senza osservare come vi sia il rischio che un'imposizione così impegnativa, anche sul piano teorico – poiché, attribuendo alle decisioni della Plenaria un carattere vincolante che non riposa più sulla sola autorevolezza dell'organo, parrebbe segnare un punto di avvicinamento al principio dello *stare decisis* connaturato, come noto, agli ordinamenti di *common law* - resti priva di sanzione, almeno da un punto di vista processuale.

7. Il secondo errore di fatto dedotto dall'odierna ricorrente avrebbe avuto ad oggetto la questione relativa alla presentazione, da parte della Isimm ricerche, di una sola referenza bancaria, in luogo delle due referenze richieste dal bando.

7.1. In questo caso, sempre secondo l'assunto dell'odierna ricorrente, il Giudice di appello avrebbe errato nel non riconoscere come

l'impresa originaria aggiudicataria si fosse trovata nell'impossibilità di fornire le referenze richieste per giustificati motivi, avendo intrattenuto rapporti bancari con un solo istituto e, quindi, di conseguenza, potendo disporre di una sola ed unica referenza.

7.2. Ciò posto, osserva il Collegio come - stando alla stessa prospettazione di parte - ciò che si rimprovera alla sentenza qui impugnata è, in realtà, un errore di valutazione di una risultanza processuale, ovvero della dichiarazione appena ricordata dell'impresa di intrattenere rapporti con una sola banca, ritenuta dal giudice dell'appello come non sufficiente ad integrare gli estremi dei "giustificati motivi". Il che già vale a rendere inammissibile tale censura ai fini del giudizio di revocazione, senza considerare che su tale questione, controversa sin dall'origine, il giudice dell'appello si è pronunciato espressamente.

8. Quanto al terzo ed ultimo motivo di revocazione dedotto, con esso la difesa erariale critica la sentenza di appello laddove ha ritenuto che l'aggiudicazione provvisoria impugnata dalla Torre Argentina avesse un carattere decisorio e che a quella definitiva dovesse riconoscersi una natura del tutto ricognitiva. Con la conseguenza - peraltro solamente sottintesa nella motivazione della sentenza - che, dato il suo carattere di atto dovuto privo di effettiva autonomia, l'aggiudicazione definitiva sarebbe stata comunque travolta in via automatica dall'annullamento di quella provvisoria.

8.1. Se questa è la prospettazione di parte, anche in questo caso non

si può non rilevare come si è al cospetto di un errore che – in disparte la sua concreta rilevanza (v. *Infra*) - ha avuto ad oggetto un punto controverso della lite, sul quale la sentenza si è pronunciata specificamente e motivatamente, e che, soprattutto, investe una questione di diritto.

8.2. Infatti, precisato come sia pacifico che Torre Argentina ha impugnato la sola aggiudicazione provvisoria e non anche quella definitiva, è ben noto come, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato nel tempo, il rapporto che intercorre tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva non è di mera consequenzialità, nel senso che il secondo atto non ha valore meramente confermativo del primo, poggiando invece su di un'autonoma valutazione, all'esito di nuove verifiche il cui esito non è affatto scontato. Tale autonoma rilevanza dell'aggiudicazione provvisoria rispetto a quella definitiva, già da lungo tempo evidente nella prassi, trova oggi un espresso riconoscimento nel Codice dei contratti pubblici (cfr. artt. 11 e 12 del d.lgs. 163/2006). Il che vale a maggior ragione ad escludere che l'invalidità dell'aggiudicazione provvisoria abbia efficacia caducante sull'aggiudicazione definitiva, senza bisogno che quest'ultima sia stata autonomamente impugnata; occorrendo invece, al contrario, che anche il secondo atto, quantunque certamente affetto da un'invalidità in via derivata, sia oggetto di espressa impugnazione, altrimenti resistendo all'annullamento dell'atto presupposto (v., per tutti, Cons. St., V, n. 80/2011, 4053/2008 e 4207/2005).

8.3. La sentenza impugnata in questa sede ha disatteso tale orientamento ad oggi largamente maggioritario, riconoscendo natura meramente confermativa all'aggiudicazione definitiva e quindi, su tale presupposto, prescindendo dalla necessità della sua impugnazione. Il tutto seguendo un indirizzo del tutto minoritario che, in alcune pronunce isolate, ha riconosciuto portata meramente confermativa all'aggiudicazione definitiva (v., ad esempio, Cons. St., V, n. 6253/2001).

8.4. Ciò posto, il motivo di revocazione finisce allora per censurare l'adesione ad un indirizzo giurisprudenziale minoritario ed isolato in luogo dell'orientamento predominante, contestando così, una volta ancora, un errore di giudizio piuttosto che di fatto, come tale non suscettibile di essere fatto valere nel giudizio di revocazione.

8.5. Al di là di questi rilievi, di per sé soli dirimenti, deve anche aggiungersi che il motivo di revocazione – laddove interpretato nel senso che il Giudice dell'appello avrebbe errato nel ritenere ammissibile l'impugnazione avverso l'aggiudicazione provvisoria, sul presupposto della sua natura di atto endoprocedimentale - è comunque privo di rilevanza, ove si consideri che, per giurisprudenza non meno consolidata, l'aggiudicazione provvisoria può essere comunque oggetto di impugnazione autonoma (v. per tutti Cons. St., V, n. 1165/2009), fatto sempre salvo l'onere di impugnare, a pena di improcedibilità, anche l'aggiudicazione definitiva.

9. In conclusione, per le ragioni sin qui evidenziate, nessuno dei

motivi dedotti può essere ricompreso nell'ipotesi di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c., conseguendone l'inammissibilità del ricorso.

10. Le spese di lite seguono la regola della soccombenza e sono liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni al pagamento delle spese processuali in favore della Torre Argentina s.r.l., liquidate in misura pari ad euro 5.000,00, oltre ad IVA e CPA come per legge .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 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.)