



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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9836 del 2010, proposto da:

Genovese Umberto s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Michela Reggio d'Acì ed Antonio Cimino, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via degli Scipioni, n. 288;

contro

TPL Linea s.r.l. (già ACTS Linea s.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Piscitelli e Marcello Molè, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Nicolò Porpora, n. 16;

nei confronti di

Orecchia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Liguria – Genova, Sezione II, n. 10368/2010, di declaratoria di irricevibilità del ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti che hanno comportato la revoca dell'aggiudicazione provvisoria alla appellante della gara per la fornitura di ricambi originali per la manutenzione di autobus e la aggiudicazione definitiva della gara alla Orecchia s.p.a., nonché per la declaratoria dell'inefficacia dell'eventuale contratto stipulato, con aggiudicazione a favore della appellante;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di TPL Linea s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 17 gennaio 2011, n. 103;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Cimino e Quici, per delega dell'avvocato Molè;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la s.r.l. Genovese Umberto ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale è stata dichiarata la irricevibilità del ricorso proposto per l'annullamento della nota di chiarimenti al capitolato speciale d'appalto del 7.6.2010, della nota del 10.6.2010 in parte qua, della nota del 2.7.2010 di riscontro alla istanza ex art. 243 bis della Genovese Umberto s.r.l., della nota della TPL Linea s.r.l. del 6.8.2010 (di revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara per la fornitura di ricambi originali per la manutenzione di autobus), della nota del 23.9.2010 di aggiudicazione definitiva della gara alla Orecchia s.p.a., e della "lex specialis". Inoltre è stata chiesta la declaratoria dell'inefficacia dell'eventuale contratto stipulato e l'aggiudicazione della gara a favore dell'appellante.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Erronea declaratoria della irricevibilità del ricorso.

Con la impugnata sentenza è stato ritenuto tardivamente proposto il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 7.7.2010, nell'assunto che il termine per l'impugnazione decorresse, ai sensi dell'art. 15 del bando, dalla data di pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante della nota di chiarimenti impugnati, senza considerare che è mancata la prova che l'Amministrazione appaltante avesse effettivamente pubblicato detti chiarimenti alla data del 15.5.2010.

Peraltro l'atto suddetto non costituiva un vero e proprio chiarimento, ma una modifica della "lex specialis" e la pubblicazione non poteva avere alcun effetto ai fini della decorrenza del termine per l'impugnativa, essendo regolata dal Disciplinare di gara la pubblicazione dei soli chiarimenti.

2.- Era comunque inapplicabile alla caso di specie il termine di 30 giorni per la proposizione della impugnativa giurisdizionale.

3.- La pubblicazione della modifica alla "lex specialis" sul sito internet della stazione appaltante non configurava una forma di pubblicità obbligatoria comportante la decorrenza del termine di impugnativa.

4.- Nel merito è stata dedotta la illegittimità degli atti impugnati con il ricorso principale e la illegittimità derivata di quelli impugnati con i motivi aggiunti per i seguenti motivi:

4.1.- Illegittimità diretta e derivata per violazione di legge; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta; difetto di motivazione e di istruttoria; violazione della "par condicio"; incompetenza.

Le modifiche apportate alle regole di gara sono illegittime.

4.2.- Illegittimità diretta e derivata per violazione di legge. Violazione degli artt. 38 e ss. del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità manifesta ed irrazionalità; violazione del principio di non discriminazione; violazione dei principi di massima partecipazione agli appalti pubblici e dei principi del trattato CE in materia di concorrenza. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria; carenza di presupposto.

La individuazione dei requisiti di gara ulteriori a quelli stabiliti per legge non è avvenuta nel rispetto dei limiti di ragionevolezza e proporzionalità.

4.3.- In subordine: illegittimità diretta e derivata per eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta; difetto di motivazione e di istruttoria.

La modifica della "lex specialis", pur avendo preso in considerazione solo i ricambi di primo impianto, ha poi irrazionalmente esteso la relativa prescrizione anche ai ricambi originali.

Con memoria depositata l'11.1.2011 la TPL Linea s.r.l. (risultante dalla fusione per incorporazione di ACTS Linea s.p.a. e SAR TOL s.p.a.) si è costituita in giudizio, eccependo la inammissibilità e la irricevibilità del gravame, nonché deducendone la infondatezza e concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 17 gennaio 2011, n. 103 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata il 16.3.2012 la TPL Linea s.r.l. ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 17.3.2012 l'appellante ha contestato le tesi di controparte ed ha ribadito tesi e richieste. Con memorie depositate il 23.3.2012 le parti costituite hanno reciprocamente replicato alle rispettive argomentazioni.

Alla pubblica udienza del 15.5.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dalla s.r.l. Genovese Umberto, di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, con la quale è stato dichiarato irricevibile il ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione provvisoria ad essa società della gara per la fornitura di ricambi originali per la manutenzione di autobus e di aggiudicazione definitiva alla Orecchia s.p.a..

2.- Con il primo motivo di gravame è stato dedotto che con la impugnata sentenza è stato ritenuto tardivamente proposto il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 7.7.2010, nell'incondivisibile l'assunto che il termine per l'impugnazione decorresse, ai sensi dell'art. 15 del bando, dalla data di pubblicazione (il 25.5.2010) sul sito internet della stazione appaltante della nota di chiarimenti, di pari data, relativi alla documentazione richiesta dal Capitolato speciale con riferimento alla fornitura di ricambi originali ed alla consegna degli stessi.

Sarebbe infatti in primo luogo mancata la prova della effettiva pubblicazione alla data del 25.5.2010 di detta nota di chiarimenti; in secondo luogo la nota suddetta non costituirebbe un vero e proprio atto recante chiarimenti della "lex specialis", la cui pubblicazione è disciplinata dagli artt. 5 e 15 del Disciplinare, perché non avrebbe portata meramente esplicativa e chiarificatrice delle disposizioni ivi contenute, ma caratteristiche tali da comportare una vera e propria modifica delle regole della gara, la cui pubblicazione non è regolata dal Disciplinare.

Detto evento non avrebbe potuto quindi avere quindi alcun effetto ai fini della decorrenza del termine per l'impugnativa.

Diversamente opinando sarebbe violato l'art. 24 della Costituzione, che impone una interpretazione restrittiva delle norme limitative del diritto di accesso alla giustizia.

2.1.- Osserva la Sezione che l'art. 15 del bando di gara stabiliva che le risposte ai quesiti posti dai concorrenti sarebbero state disponibili sul sito ACTS Linea spa, www.acts.it, sezione forniture bandi e disciplinari di gara, all'interno della apposita area di gara, entro il termine ultimo di pubblicazione per l'Ente appaltante del 25.5.2010. Nel corso del giudizio di prime cure l'attuale appellante non aveva espressamente eccepito che non fosse stata fornita in giudizio la prova che la pubblicazione su detto sito dei "chiarimenti" impugnati fosse avvenuta in detta data del 25.5.2010, essendosi limitata a far ricorso a formule dubitative, come da pagina 7 del ricorso introduttivo del giudizio.

Inoltre la parte resistente aveva prodotto nel corso del primo giudizio una copia della nota di "chiarimenti" in questione sottoscritta dalla ditta concorrente De Simon Group.

Deve rilevarsi che l'art. 64 del c. p. a., norma procedurale applicabile al caso di specie, al comma 1 stabilisce che "spetta alle parti di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni"; al seguente comma 2 stabilisce che "Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite".

Deve pertanto ritenersi che la circostanza che non è stato in primo grado espressamente contestato il mancato rispetto di detta disposizione del bando di gara e la mancata pubblicazione su detto sito "internet" della nota di "chiarimenti" in questione entro la data prevista, unitamente alla circostanza della produzione in giudizio della stessa da parte di altra ditta concorrente (che ne dimostra la concreta avvenuta pubblicazione), abbiano costituito valida prova della effettività della pubblicazione di detta nota entro la data del 25.5.2010, di cui il Giudice di

primo grado si è avvalso per rilevare la tardività della impugnazione di cui trattasi.

Quanto alla effettività della natura di “chiarimenti” della nota in questione va rilevato che le modalità di pubblicazione delle risposte ai quesiti formulati dagli aspiranti concorrenti in una gara d'appalto non costituiscono oggetto di una espressa e specifica disciplina normativa, che lascia ampio margine di scelta alla stazione appaltante, con il limite del rispetto dei principi che presidiano lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica.

La ragione di tale flessibilità di disciplina risiede nella circostanza che le uniche fonti della procedura di gara sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati.

Con riguardo alle informazioni rilasciate dall'Amministrazione in sede di chiarimenti, il significato stesso del termine comporta che le risposte richieste all'Amministrazione hanno una mera funzione di illustrazione delle regole già formate predisposte dalla *lex specialis*, senza alcuna incidenza in termini di modificazione delle condizioni di gara.

In una situazione di obiettiva incertezza (quando le clausole della *lex specialis* risultano imprecisamente formulate o si prestino comunque ad incertezze interpretative) la risposta dell'amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata da un concorrente non costituisce un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta di "interpretazione autentica", con cui l'amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della “*lex specialis*”.

In corso di gara il chiarimento da parte della commissione giudicatrice non è quindi ammissibile solo se comporta ex post la variazione del contenuto di disposizioni né oscure né ambigue.

Nel caso che occupa con la nota di cui trattasi la stazione appaltante ha precisato, su richiesta di parte, che ai ricambi originari ed a quelli di primo impianto si applicava la medesima disciplina.

In precedenza, come dedotto dall'appellante, nel Capitolato di gara agli artt. 3 e 13, erano state previste regole specifiche per ciascun tipo di ricambi.

L'art. 13 del Capitolato speciale prevedeva per i ricambi originali la consegna degli stessi in imballi riportanti l'intestazione del produttore e con riferimenti originali, mentre il precedente art. 3 prevedeva per i ricambi di primo impianto la presentazione di una certificazione o dichiarazione di origine e l'art. 4 la presentazione di simili atti per i ricambi equivalenti.

Con i “chiarimenti” in questione l'art. 13 suddetto è stato modificato, attraverso una mera migliore formulazione letterale, precisandosi che i ricambi di primo impianto, compresi gli originali, e gli equivalenti avrebbero dovuto essere consegnati secondo quanto specificato negli artt. 3 e 4 del Capitolato.

Quanto previsto nel Capitolato era effettivamente ambiguo, atteso che la stessa appellante ha evidenziato con il gravame in esame, a pag. 2, che “Sono ricambi originali sia quelli prodotti e venduti dal costruttore di autoveicoli sia quelli prodotti dal costruttore di pezzi di ricambio secondo le specifiche tecniche del costruttore di autoveicoli e venduti da quest'ultimo e/o dal primo. Questa seconda categoria di ricambi originali viene individuata con il nome di “ricambi di primo impianto”.

Non ha comportato quindi una vera e propria modifica della “*lex specialis*” la precisazione che, stante la stessa sostanziale natura di ricambi originali sia di quelli veri e propri che di quelli di primo impianto, avrebbero dovuto essere consegnati non con modalità diverse, come in un primo tempo stabilito, ma simili.

E' stata invero chiarita una clausola imprecisamente formulata e che si prestava comunque ad incertezze interpretative, perché, stante la medesima natura di ricambi originali sia di quelli veri e propri che di quelli di primo impianto, le modalità di consegna avrebbero potuto, come poi è stato effettivamente stabilito, essere effettuate con le medesime modalità e non con forme diverse.

Le censure in esame non sono quindi condivisibili.

3.- Secondo la appellante società sarebbe stato comunque inapplicabile al caso di specie il termine di 30 giorni per la proposizione della impugnativa giurisdizionale fissato dall'art. 245 del d. lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 8, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 53/2010, applicabile "ratione temporis", che stabilisce che il termine per la impugnativa è di trenta giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione degli atti ai sensi dell'art. 79 o, per i bandi e gli avvisi di indizione della gara autonomamente lesivi, ai sensi dell'art. 66, comma 8.

Detta norma, che ha dimezzato il termine di impugnativa, essendo speciale sarebbe stata applicabile solo alle fattispecie espressamente previste e non sarebbe suscettibile di interpretazione estensiva o analogica.

Poiché la pubblicazione dei chiarimenti in questione non configurerebbe alcuna delle suddette ipotesi espressamente indicate da detta norma, il termine di trenta giorni non sarebbe stato applicabile al caso di specie.

Solo con d. lgs. n. 104/2010, entrato in vigore il 16.9.2010, all'art. 120, comma 5, detta previsione è stata modificata, aggiungendo l'inciso "ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto", il che dimostrerebbe che in precedenza la norma era riferita ai soli casi ivi indicati.

3.1.- Il Collegio osserva che l'art. 245, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 nella sua formulazione originale così recitava "1. Gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal presente codice, nonché i provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Davanti al giudice amministrativo si applica il rito di cui all'articolo 23-bis, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034".

Il comma 2 stabiliva che ". Si applicano i rimedi cautelari di cui all'articolo 21 e all'articolo 23-bis, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, e gli strumenti di esecuzione di cui agli articoli 33 e 37, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034".

L'art. 8, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 53/2010 ha modificato il comma 2 di detto art. 245, stabilendo che "2. Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto."

Al comma 2 quinquies ha stabilito che "I termini processuali sono stabiliti in:

a) trenta giorni per la notificazione del ricorso e per la proposizione di motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati, decorrenti dalla ricezione della comunicazione degli atti ai sensi dell'articolo 79 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8".

Va anche ritenuto in proposito che l'abrogazione dell'art. 23 bis comma 1, lett. c) ad opera dell'art. 15, comma 2, d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53 non ha prodotto una modificazione della norma sul termine di trenta giorni per la proposizione dell'appello in quel rito speciale, dovendo considerarsi che il medesimo art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 53/2010, ha confermato l'applicazione dell'art. 23 bis agli "atti delle procedure di affidamento, ... relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'art. 244" del d.lgs. n. 163/2006.

La norma abrogatrice della lett. c), pertanto, costituisce una disposizione di coordinamento dovuta alla nuova formulazione dell'art. 245 del d.lgs. n. 163/2006, al fine di eliminare una inutile e sempre inopportuna duplicazione di fonti normative (Consiglio Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 84).

Va quindi ritenuto che, sulla base delle osservazioni che precedono, il richiamo all'art. 79 contenuto nell'art. 8,

comma 2 quinquies del d. lgs. n. 53/2010 ha il solo fine di individuare il momento di decorrenza del termine di 30 giorni per la notifica del ricorso e non di limitare la decorrenza stessa solo ai casi ivi previsti, cioè alla comunicazione di cui all'art. 79 e alla pubblicazione di cui all'art. 66 del d. lgs. n. 163/2006, dovendosi intendere che detto termine ridotto è applicabile ad ogni atto autonomamente lesivo in materia di appalti.

Diversamente opinando non solo verrebbe disattesa la ratio del complesso normativo di cui trattasi, individuabile, in estrema sintesi, nell'intento di fissare termini processuali ridotti per tutto il contenzioso in materia di appalti, ma verrebbe a determinarsi una illogica ed irrazionale doppia regolamentazione dei termini processuali in materia de qua a seconda dell'atto concretamente impugnato.

La censura in esame non può quindi essere suscettibile di positiva valutazione.

4.- Ha sostenuto inoltre la parte appellante che la pubblicazione della modifica alla "lex specialis" sul sito internet della stazione appaltante non configurava alcuna forma di pubblicità obbligatoria cui, ai sensi dell'art. 66, commi 8 e 15 del d. lgs. n. 163/2006, conseguono gli effetti giuridici che il codice degli appalti o le norme processuali annettono alla data di pubblicazione ai fini della decorrenza del termine di impugnativa.

4.1.- La Sezione non può apprezzare in senso favorevole la censura perché, come in precedenza accennato, in base al complesso della normativa in materia, cui sopra è stato fatto riferimento, deve intendersi che detto termine di trenta giorni decorra, per i provvedimenti diversi dai bandi e dagli avvisi di gara di cui all'art. 66, comma 8, del d. lgs. n. 163/2006, nonché dalle comunicazioni degli atti di cui al seguente art. 79, dalla pubblicazione prevista dalla normativa di gara.

Questa, nel caso di specie prevedeva, come consentito dal comma 9 dell'art. 70 del d. lgs. n. 163/2006 (che stabilisce che "...le stazioni appaltanti offrono, per via elettronica e a decorrere dalla pubblicazione del bando secondo l'allegato X, l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e a ogni documento complementare, precisando nel testo del bando l'indirizzo Internet presso il quale tale documentazione è accessibile..."), all'art. 15 del bando, la pubblicazione delle risposte a richieste di chiarimenti da parte delle concorrenti mediante pubblicazione sul sito internet ivi indicato entro il 25.5.2010 e da detta data andava impugnata la nota di chiarimenti se ritenuta autonomamente lesiva.

5.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione che ha dichiarato irricevibile il ricorso introduttivo del giudizio. A seguito di tanto restano assorbite le censure di merito riproposte in appello.

6.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa peculiari ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, co. 1, c.p.a e 92, co. 2, c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello in esame, lo respinge..

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2012

IL SEGRETARIO

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