



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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5415 del 2012, proposto dalla società Motorola Solutions Italia S.p.A. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la società ELPO GmbH e con la società Telefonía Alto Adige S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Nino Paolantonio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Larcher, Renate Von Guggenberg, Michele Purrello, Stephan Beikircher e Michele Costa, con domicilio eletto presso l'avvocato Michele Costa in Roma, via Bassano del Grappa, 24;

nei confronti di

Cassidian Communications GmbH in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di R.T.I. con la società Center Communicatio Systems GmbH, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Alessandra Abbate e Otto Mahlkecht, con domicilio eletto presso l'avvocato Alessandra Abbate in Roma, via G.G. Belli, 27;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.R.G.A. – Sezione autonoma di Bolzano, n. 252/2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano e della società Cassidian Communications GmbH in proprio e in qualità di un costituendo R.T.I. con la società Center Communicatio Systems GmbH;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Paolantonio, Costa, Larcher, Abbate e Mahlkecht;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Motorola Solutions Italia s.p.a. riferisce di aver presentato (in qualità di capogruppo mandataria del

costituendo R.T.I. con le società Elpo GmbH e Telefonica Alto Adige s.r.l.) domanda di partecipazione alla gara a procedura aperta, da svolgersi con modalità telematica, indetta dall'amministrazione provinciale di Bolzano, per la realizzazione di una rete radio digitale per le autorità e le organizzazioni della protezione civile in Alto Adige (la gara era da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti criteri: prezzo: 30 per cento; qualità 70 per cento).

Alla medesima gara ha, altresì, preso parte la società Cassidian Communications GmbH in qualità di capogruppo mandataria di un R.T.I. con la società Center Communication Systems GmbH.

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano (d'ora innanzi: 'il T.R.G.A.') la società appellante chiedeva l'annullamento:

- del verbale in data 10 aprile 2012 di aggiudicazione dell'appalto in favore del R.T.I. controinteressato;
- della nota della Provincia di Bolzano in data 11 aprile 2012 con cui era stata data comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione;
- della nota in data 3 ottobre 2011 di nomina della Commissione tecnica;
- dei verbali di gara all'esito dei quali era stato attribuito al R.T.I. controinteressato un punteggio tale da determinare l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore.

Con successivi motivi aggiunti, l'odierna appellante ha sollevato numerose doglianze avverso le valutazioni svolte dalla Commissione di gara in relazione all'offerta tecnica presentata dal R.T.I. controinteressato.

Con la sentenza oggetto del presente appello, il T.R.G.A. ha respinto il ricorso introduttivo, dichiarando al contempo irricevibili i motivi aggiunti.

La sentenza in questione è stata gravata in sede di appello dalla società Motorola Solutions Italia s.p.a., la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi (i motivi in questione sono stati compiutamente articolati con l'atto per motivi aggiunti in data 29 agosto 2012, proposto a seguito della pubblicazione delle motivazioni poste a fondamento della sentenza appellata).

Si è costituita in giudizio la società Cassidian Communications GmbH la quale ha concluso nel senso della reiezione del gravame.

Si è altresì costituita in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano la quale ha concluso a propria volta nel senso della reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 3199/2012 (resa all'esito della Camera di consiglio del 31 luglio 2012) questo Consiglio di Stato ha accolto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza in epigrafe, ravvisando la sussistenza dei necessari profili di *fumus boni iuris*.

Alla pubblica udienza del 21 dicembre 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi informatici avverso la sentenza con cui il TRGA ha in parte respinto e in parte dichiarato irricevibile il ricorso (e i successivi motivi aggiunti) proposti avverso gli atti di una gara di appalto per servizi informatici indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano e aggiudicata al controinteressato R.T.I. Cassidian.

2. In primo luogo deve essere esaminato l'argomento prodotto dalla Provincia di Bolzano, secondo cui il ricorso di primo grado (e, quindi, anche quello di appello) sarebbe da dichiarare improcedibile per non avere l'R.T.I. Motorola espressamente impugnato le successive determinazioni "*espresse e tacite*" adottate dalla stazione appaltante a seguito dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale resa dall'odierna appellante ai sensi dell'articolo 243-*bis* del 'Codice dei contratti'.

Il motivo in questione non può trovare accoglimento in quanto:

- risulta agli atti che, a seguito della comunicazione di cui all'articolo 243-bis rivolta dall'odierna appellante la Provincia appellata non abbia opposto alcun diniego espresso, ma si sia limitata a non agire in senso conforme a quanto auspicato dalla deducente;

- ad avviso del Collegio, le previsioni di cui ai commi 3 e 4 del richiamato articolo 243-bis (secondo cui, rispettivamente: "3. *L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale*" e "4. *La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela*") devono essere intese nel senso che non risulti necessaria una specifica impugnativa avverso il comportamento inerte serbato dall'amministrazione a fronte dell'istanza di autotutela. Al contrario, l'inerzia serbata a fronte di tale istanza deve essere considerata di per sé presupposto legittimante alla proposizione dell'impugnativa (in tal senso, puntualmente l'ultimo periodo del comma 4 dell'articolo 243-bis, cit.).

3. Con il primo motivo di appello, la società Motorola Solutions Italia s.p.a. chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui è stato respinto il motivo di ricorso con il quale si era lamentata l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara del R.T.I. controinteressato per violazioni delle disposizioni di legge e della *lex specialis* di gara relative al contenuto della cauzione provvisoria.

Con il primo ricorso, l'odierna appellante aveva lamentato la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. controinteressato in quanto la cauzione provvisoria rilasciata sotto forma di fideiussione dalla Raiffeisen Landesbank: *i*) non risultava intestata al contraente debitore principale (*i.e.*: al R.T.I. costituito in quanto tale e/o alla sua capogruppo); *ii*) risultava privo dell'indicazione della quota parte riferita ai singoli componenti del raggruppamento, come invece richiesto dal disciplinare; *iii*) risultava difforme rispetto allo schema di cui all'allegato al disciplinare (a sua volta, riproduttivo dello schema tipo di fideiussione di cui al d.m. 123 del 2004).

Il Tribunale ha respinto il motivo in questione ritenendo dirimente il fatto che la fideiussione in questione fosse stata regolarizzata in data 27 aprile 2012 (*i.e.*: in data successiva a quella dell'aggiudicazione).

Nella presente sede, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza in epigrafe osservando che:

- i vizi che caratterizzavano la fideiussione bancaria (rilasciata in favore della sola mandante Center Communication System GmbH) erano talmente gravi da rendere radicalmente nulla (e quindi insuscettibile di regolarizzazione) tale fideiussione;

- il comma 1-bis dell'articolo 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. 'codice dei contratti') deve essere inteso nel senso di disporre l'esclusione dalle gare (non solo nel caso in cui la legge espressamente la stabilisca, ma anche) in tutti i casi in cui risultino comunque violate disposizioni di precetto o di divieto che impongano ai partecipanti attività vincolate alla cui doverosità il candidato abbia contravvenuto;

- anche ad ammettere la possibilità di regolarizzare la documentazione di gara, tale possibilità viene meno a seguito della chiusura della gara stessa (nel caso di specie, la fideiussione 'regolarizzata' era stata prodotta solo dopo l'aggiudicazione definitiva);

- la cauzione rilasciata in favore del R.T.I. Cassidian non era comunque redatta in conformità con lo schema di cui all'allegato 1 al d.m. 123 del 2004 (espressamente richiamato dall'allegato 3 al disciplinare). Tale vizio risulta sanzionato a pena di esclusione dal comma 8 dell'articolo 75 del 'Codice dei contratti';

- doveva certamente disporsi l'esclusione dalla gara del R.T.I. Cassidian dal momento che: *i*) la fideiussione versata in atti indicava quale soggetto garantito la sola mandante Center Communication System GmbH, mentre *ii*) in sede di domanda di partecipazione alla gara, la Cassidian aveva affermato che all'esecuzione dell'appalto avrebbe

concorso sia la società mandante che la mandataria.

3.1. Il motivo è infondato.

Si osserva in primo luogo che, se pure può convenirsi con l'appellante circa il fatto che il principio della tassatività delle cause di esclusione (attualmente sancito dal nuovo comma 1-*bis* dell'articolo 46 del 'Codice dei contratti') deve essere inteso nel senso che l'esclusione può essere comminata (*inter alia*) allorché la *lex specialis* di gara impone prescrizioni doverose ai candidati (con l'utilizzo di adeguate formule letterali quali "deve", "è obbligato a"), tuttavia – anche a condividere tale impostazione – ciò non induce a ritenere che le modalità con cui il R.T.I. appellato ha prodotto la cauzione provvisoria ai sensi del comma 1 dell'articolo 75 del c.p.a. ne dovessero comportare l'esclusione.

E infatti, premesso che la disposizione da ultimo richiamata si limita a prescrivere *tout-court* la produzione di una cauzione provvisoria (senza specificare in dettaglio il contenuto di tale produzione), laddove il disciplinare di gara fosse da intendere (il che, peraltro, non è pacifico) nel caso di comminare l'esclusione come mera conseguenza di una carenza parziale relativa al contenuto della stessa, ciò determinerebbe l'irrimediabile conseguenza della nullità del disciplinare di gara, atteso che la richiamata causa di esclusione non sembra poter rientrare in alcuna delle ipotesi in cui è possibile (e legittima) l'esclusione dalla gara.

Ad ogni modo, il punto 2.3., lettera a), ultimo comma del disciplinare di gara si limitava a prevedere che, in caso di raggruppamenti temporanei, dovesse essere presentata una cauzione provvisoria unica (il che nel caso di specie è puntualmente avvenuto, essendo comunque stata presentata una cauzione di carattere unitario e per un importo adeguato).

Conseguentemente:

- non può essere condiviso l'argomento secondo cui la cauzione provvisoria rilasciata sotto forma di fideiussione dalla Raiffeisen Landesbank sarebbe affetta da radicale nullità, non emergendo alcun vizio di carattere strutturale dell'atto idoneo a palesare la più grave forma di invalidità;
- la provincia di Bolzano (che correttamente imposta i termini della questione secondo l'angolo visuale della tassatività delle cause di esclusione) ha condivisibilmente osservato che né la legge, né la *lex specialis* di gara sanzionavano con l'esclusione dalla gara la mancata indicazione delle quote di lavorazioni demandate a ciascun partecipante al raggruppamento, ovvero la mancata indicazione dell'offerente;
- ad ogni modo, dalla documentazione in atti emerge che (pur essendo mancata l'espressa menzione del R.T.I. nel suo complesso e della mandataria) non potessero sussistere dubbi in ordine alla riferibilità soggettiva del contenuto della garanzia, atteso che la Raiffeisen Landesbank aveva esplicitato il proprio impegno ad estendere la garanzia anche nei confronti dell'offerente. Inoltre, trattandosi di R.T.I. c.d. 'orizzontale', la stessa Center Communication System GmbH (ossia, l'unica società espressamente richiamata nella fideiussione) risultava solidalmente e illimitatamente obbligata nei confronti dell'amministrazione per le conseguenze della realizzazione dell'appalto. Anche sotto tale aspetto, quindi, l'incompletezza del contenuto della fideiussione non era idonea ad incidere sulle ricadute sostanziali in termini di tutela per l'amministrazione.

Si osserva, poi, che non può essere accolto il motivo con cui la Motorola Solutions Italia s.p.a. ha lamentato il mancato accoglimento da parte di primi Giudici del motivo di ricorso relativo alla mancanza della dichiarazione di cui al comma 8 dell'articolo 75 del 'Codice dei contratti' in ordine al rilascio della cauzione definitiva da parte di un garante.

Sotto tale aspetto gli appellati hanno correttamente osservato che l'asserita mancanza in questione fosse immediatamente percepibile dagli atti di gara e, quindi, poteva e doveva essere tempestivamente rilevata attraverso la proposizione del ricorso principale in primo grado e non anche (come in concreto accaduto) attraverso la –

tardiva – proposizione di motivi aggiunti.

In punto di fatto, poi, si osserva che non rinviene effettivo riscontro in atti l'affermazione dell'appellante secondo cui questo motivo sarebbe stato già contenuto a pagina 13 dell'originario ricorso al T.R.G.A.

Al contrario, dalla documentazione in atti emerge che il richiamato motivo fosse stato proposto solo in sede di proposizione dei motivi aggiunti, il che palesa la tardività delle relative deduzioni.

4. Con il secondo motivo di appello (riproduttivo del terzo motivo del ricorso di primo grado) si chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha respinto l'argomento con il quale si era lamentata la violazione delle disposizioni in tema di dichiarazioni sui requisiti di ordine generale in relazione ai soggetti richiamati dal comma 1, lettera c) dell'articolo 38 del 'Codice dei contratti

In particolare, il Tribunale non avrebbe adeguatamente valutato l'obbligo di escludere dalla gara il R.T.I. Cassidian atteso che, in sede di dichiarazione ex art. 38, cit., invece di menzionare i soggetti muniti di poteri di rappresentanza di cui al comma 1, lettera c) della medesima disposizione, si era incongruamente limitato ad indicare la denominazione una persona giuridica (la EADS Secure Networks s.a.s.).

4.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

4.1.1. Sotto tale aspetto, la Provincia di Bolzano e il raggruppamento appellato hanno condivisibilmente affermato che la lamentata incompletezza della domanda formulata dal R.T.I. Cassidian in relazione alla dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale non potesse comunque giustificare l'esclusione dalla gara dovendo trovare applicazione la giurisprudenza di questo Consiglio – dalla quale non si rinvengono nel caso di specie ragioni onde discostarsi - formatasi sulla questione del c.d. 'falso innocuo' o dell' 'omissione innocua' (sul punto, *ex plurimis*: VI, 29 maggio 2012, n. 3200; *id.*, V, 24 novembre 2011, n. 6240; *id.*, VI, 15 giugno 2011, n. 3655).

Al riguardo, si osserva che il raggruppamento controinteressato (e odierno appellato) ha documentalmente dimostrato: a) che nessuno dei soggetti di cui è menzione alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 38 del 'Codice dei contratti' fosse stato raggiunto dalle misure di cui è menzione nell'ambito della medesima disposizione; b) che non vi fossero soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (anche se, per completezza va osservato che il periodo di riferimento dovrebbe piuttosto essere quello annuale, trattandosi di procedura di gara indetta successivamente alle modifiche di cui al comma 2 dell'articolo 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 il quale ha – appunto – ridotto da tre anni a un anno il termine rilevante ai fini della dichiarazione di cui che trattasi).

Si osserva inoltre che la mancata o incompleta dichiarazione in ordine ai soggetti cessati dalla carica nel triennio (*rectius*: nell'anno) antecedente l'indizione del bando, non era contemplato dalla *lex specialis* di gara quale specifica causa di esclusione, né verosimilmente avrebbe potuto esserlo, anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione richiamato retro, sub 2.

5. Con il terzo motivo la Motorola Solutions Italia s.p.a. chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha dichiarato irricevibili i motivi aggiunti con i quali si erano svolte doglianze relative al contenuto dell'offerta tecnica del RTI Cassidian.

Sotto tale aspetto il Tribunale avrebbe omesso di considerare che il termine per l'impugnativa non poteva decorrere dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione (avvenuta l'11 maggio 2012), bensì dal momento in cui l'appellante aveva avuto conoscenza del contenuto dell'offerta tecnica formulata dal R.T.I. Cassidian (e tale conoscenza, come documentato in atti, sarebbe intervenuta solo a seguito dell'effettiva ostensione da parte dell'amministrazione, avvenuta solo in data 18 maggio 2012).

Se il T.R.G.A. avesse correttamente effettuato il computo del termine per l'impugnativa facendolo decorrere dal 18 maggio 2012, avrebbe dovuto concludere nel senso della tempestività dei motivi aggiunti.

Nel merito, nella presente sede di appello vengono reiterati i motivi (già articolati in primo grado e qui riprodotti) con cui si era lamentata l'erroneità del punteggio attribuito al R.T.I. Cassidian in relazione al contenuto dell'offerta tecnica.

5.1. Il motivo è infondato.

5.1.1. L'esame di questo motivo di ricorso pone la delicata questione di bilanciare (nell'ambito del c.d. 'rito degli appalti') – da un lato – l'esigenza di garantire la celerità dei riti (finalità alla quale è ispirata la fissazione di termini particolarmente brevi sia per la proposizione dell'impugnativa in via principale, sia per i motivi aggiunti) e – dall'altro – l'esigenza di garantire comunque la pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, anche in considerazione della scaturigine comunitaria delle previsioni in tema di impugnative nell'ambito delle pubbliche gare (direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE).

5.1.2. Al riguardo, è noto che la Corte di giustizia delle CE (III Sezione, 28 gennaio 2010 in causa C-406/08 - *Uniplex* -) con cui è stato affermato che:

- *“l'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, esige che il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa”;*

- *“la direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, impone al giudice nazionale di prorogare il termine di ricorso, esercitando il proprio potere discrezionale, in maniera tale da garantire al ricorrente un termine pari a quello del quale avrebbe usufruito se il termine previsto dalla normativa nazionale applicabile fosse decorso dalla data in cui egli era venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Qualora le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso non si dovessero prestare ad un'interpretazione conforme alla direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicarle, al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli”.*

5.1.3. All'indomani della richiamata sentenza della Corte di giustizia, anche la giurisprudenza di questo Consiglio si è dimostrata sensibile all'esigenza di operare (nella materia in questione) un delicato bilanciamento fra:

- (da un lato) l'evidente *ratio* acceleratoria sottesa alla dimidiazione del termine decadenziale per l'impugnativa nel c.d. 'rito appalti' e la necessità che tale finalità non possa essere ostacolata o derogata attraverso il riconoscimento di possibili *escamotages* di ordine processuale. In quest'ottica, ogni temperamento al carattere apparentemente tassativo della regola del termine di trenta giorni dovrebbe essere limitata a quanto strettamente necessario per conseguire un obiettivo di tutela costituzionalmente tutelato (ci si riferisce, in particolare ai canoni di pienezza ed effettività della tutela in sede giurisdizionale e di inviolabilità del diritto di difesa di cui all'articolo 24, Cost)

- (dal'altro) l'esigenza di evitare che l'imposizione di un termine di per sé molto breve, unita alla necessità – in talune ipotesi – di impiegare alcuni giorni (dieci, secondo il modello di cui all'articolo 79, comma 5-*quater*) per avere piena conoscenza degli atti di gara, renda impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio pieno ed effettivo di tale diritto (in tali ipotesi, se l'amministrazione impiega l'intero termine di dieci giorni per consentire all'interessato l'accesso integrale agli atti di gara, quest'ultimo disporrà di un termine di soli venti giorni utili per spiegare le proprie difese in relazione ad atti della cui illegittimità abbia potuto conoscere solo a seguito dell'accesso – ossia, di un termine pari a un terzo di quello ordinariamente previsto per la proposizione del ricorso -

).

Si segnala al riguardo la sentenza di questo Consiglio, V, 1° settembre 2011, n. 4895, la quale ha stabilito che la legge, attraverso il combinato disposto degli artt. 79, codice dei contratti pubblici e 120 c.p.a. ha inteso delimitare ad un massimo di quaranta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione (sia o meno accompagnata dal provvedimento o dai verbali di gara recanti la motivazione: 10 giorni per esercitare l'accesso decorrenti dalla comunicazione + 30 giorni per la proposizione del ricorso).

In termini simili si è espresso Cons. Stato, III, 14 marzo 2012, n. 1428, il quale ha ritenuto la tempestività di un ricorso proposto successivamente alla scadenza del termine di 30 giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 79 del 'Codice dei contratti in un'ipotesi in cui tale comunicazione non risultava idonea a consentire la piena conoscenza degli atti sottesi all'aggiudicazione (piena conoscenza che era stata conseguita solo in un secondo momento, a seguito dell'accesso agli atti).

Nell'occasione, questo Giudice di appello ha affermato che l'obbligo posto in capo alla stazione appaltante di rendere edotti i soggetti non aggiudicatari dei risultati della gara può intendersi correttamente adempiuto, al fine di garantire ricorsi efficaci e tempestivi contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, attraverso la comunicazione dell'atto di affidamento nella sua forma integrale e, ove dallo stesso (come appunto si rileva nel caso di specie) non risultino comunque gli elementi di cui sopra, attraverso l'invio dei verbali di gara, come pure d'altronde previsto dal citato comma 5.

5.1.4. Si osserva ancora che questa Sezione, nella consapevolezza della difficoltà connessa all'individuazione del richiamato punto di equilibrio e conscia del possibile ostacolo di ordine testuale rappresentato dal combinato disposto degli articoli 79 e 120 del c.p.a. ha ritenuto (con ordinanza collegiale assunta alla Camera di consiglio dell'11 dicembre 2012, in corso di pubblicazione) di rimettere all'Adunanza plenaria la questione.

In pratica, si è chiesto di stabilire se il quadro normativo nazionale in tema di impugnativa in sede giurisdizionale degli atti relativi a procedure di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica (e, segnatamente, il comma 5 dell'articolo 120 del c.p.a., letto in combinato disposto con il comma 2, lettera c), con il comma 5 e con il comma 5-*quater* dell'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) debba essere inteso, anche alla luce della matrice comunitaria che lo ispira (direttiva 89/665/CE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE) nel senso che il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale:

a) decorre dal giorno della ricezione della comunicazione di cui al comma 2, lettera c) e di cui al comma 5 dell'articolo 79 del 'codice dei contratti' nel solo caso in cui la presunta violazione delle disposizioni comunitarie e nazionali poste a fondamento del ricorso sia immediatamente percepibile dal contenuto di tale comunicazione, mentre

b) decorre dal giorno in cui è stato possibile ottenere integrale accesso agli atti della procedura ai sensi del comma 5-*quater* del medesimo articolo 79 (e comunque non oltre il decimo giorno dalla comunicazione di cui al comma 2, lettera c) e di cui al comma 5 del medesimo articolo) nel caso in cui la presunta violazione non fosse percepibile dal contenuto della dichiarazione e sia resa palese solo a seguito dell'esperito accesso agli atti.

5.1.5. Ebbene, pur dandosi atto della delicatezza e della complessiva opinabilità della questione (che, si ripete, è stata recentemente demandata alla decisione dell'Adunanza plenaria), si ritiene che nel caso di specie neppure un'eventuale pronuncia favorevole da parte dell'Organo nomofilattico potrebbe indurre a ritenere la tempestività del ricorso per motivi aggiunti proposto dal R.T.I. Motorola e che l'eventuale riconoscimento della tempestività di tale ricorso postulerebbe un oggettivo sbilanciamento del complessivo disegno normativo in tema di ricorsi nelle pubbliche gare in evidente sfavore delle evidenti ragioni di accelerazione e concentrazione che lo hanno ispirato sia in sede comunitaria che in sede nazionale.

Prima di entrare nel merito processuale della questione, si ritiene di richiamare la tempistica dei fatti rilevanti:

- in data 11 aprile 2011 la Provincia di Bolzano ha fornito (anche) all'odierno appellante la comunicazione di avvenuta aggiudicazione ai sensi dell'articolo 79, comma 2, lettera c);
- il successivo 13 aprile l'appellante ha formulato richiesta di accesso agli atti, al fine di avere piena contezza del contenuto dell'offerta formulata dal R.T.I. Cassidian;
- a tale richiesta la Provincia di Bolzano ha risposto per una prima volta - per iscritto - il 9 maggio 2012 (affermando che avrebbe consentito l'accesso solo nella forma della presa visione) e una seconda volta - sempre per iscritto - il successivo 18 maggio (affermando che l'accesso darebbe stato consentito *anche* nella forma del rilascio di copia degli atti rilevanti);
- una volta ottenuta copia degli atti rilevanti (e in particolare, ai fini che qui rilevano, dell'offerta tecnica del R.T.I. Cassidian), il raggruppamento appellante ha proceduto a notificare i motivi aggiunti in data 15 giugno 2012;
- in definitiva: dal momento della comunicazione *ex art. 79* (11 aprile) al momento della notifica dei motivi aggiunti (15 giugno) erano decorsi quasi due mesi, mentre dal momento della piena ostensione degli atti (18 maggio) a quello della notifica dei motivi aggiunti (15 giugno) erano decorsi ventotto giorni.

5.1.6. Ebbene, una volta richiamato il pertinente quadro normativo e i dubbi sistematici cui esso dà luogo e una volta richiamata la tempistica rilevante, il Collegio ritiene che non possa comunque ritenersi la tempestività della proposizione dei motivi aggiunti, atteso che:

- nel richiamato giudizio di bilanciamento fra l'evidente ottica di accelerazione processuale in tema di impugnative nelle pubbliche gare e la necessaria tutela dei diritti essenziali di difesa, il Collegio ritiene che un adeguato - ma non ulteriormente superabile - punto di equilibrio possa essere costituito (come già affermato in sede di ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria) dal riconoscere un termine complessivo di impugnativa pari a (30+10=) 40 giorni complessivi, laddove sia dimostrato che il vizio degli atti di gara, inizialmente non conosciuto, si sia reso palese solo a seguito dell'accesso agli atti;
- nella richiamata ottica di bilanciamento assumono evidentemente rilievo determinante le modalità di accesso accelerate, derogatorie e sostanzialmente informali di cui al nuovo comma 5-*quater* dell'articolo 79 del 'Codice dei contratti', secondo cui *"fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio"*;
- risulta agli atti che, una volta ricevuta la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione in favore del R.T.I. Cassidian, l'odierno appellante non si sia avvalso delle previsioni (di evidente favore e caratterizzate da palese *ratio* acceleratoria) di cui al richiamato comma 5-*bis* (anche mediante una richiesta orale e contestuale formulata presso gli uffici competenti durante gli orari di apertura), ma abbia - piuttosto - formulato un'ordinaria istanza di accesso agli atti alla quale l'amministrazione ha parimenti risposto in via formale in un arco temporale di oltre un mese;
- in definitiva, nell'ottica del più volte richiamato giudizio di bilanciamento, non si ritiene che l'appellante abbia operato con tutta la diligenza che l'importanza e l'urgenza del caso avrebbero richiesto (utilizzando tutti gli strumenti che l'Ordinamento poneva a sua disposizione al fine di ottenere piena e tempestiva conoscenza degli atti

per sé lesivi). Si ritiene, inoltre, che il richiamato, complessivo quadro normativo non possa essere letto di guisa tale da riconoscere una sorta di incondizionata ‘traslazione in avanti’ del termine per l’impugnativa in favore di colui che, pur potendo avvalersi di uno strumento di ostensione particolarmente accelerato (l’accesso informale e contestuale di cui all’articolo 79, comma 5-*quater* del ‘Codice dei contratti’) abbia comunque ritenuto di incardinare un’ordinaria e più lunga procedura di accesso in forma scritta.

5.2. Per le ragioni sin qui esaminate, la sentenza in questione deve essere confermata per la parte in cui ha dichiarato l’irricevibilità dei motivi aggiunti articolati in primo grado.

6. Con il quarto motivo (proposto soltanto in via subordinata rispetto agli altri tre) la Motorola Solutions Italia s.p.a. chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha dichiarato infondato il motivo di ricorso con cui si era chiesto di annullare per intero le operazioni compiute dalla Commissione tecnica di valutazione a causa dei gravi profili di incompatibilità che inerivano le persone di alcuni dei suoi componenti.

6.1. Il motivo è fondato, nei termini che seguono.

Risulta agli atti che con atto in data 3 ottobre 2011 il Presidente dell’Autorità di gara ebbe a nominare una Commissione tecnica della quale facevano parte (fra gli altri) l’Ing. Jurgen Machui e il sig. Alex Timeus.

Ebbene:

- per quanto concerne l’Ing. Machui, risulta agli atti che egli abbia svolto le funzioni di Capo settore sviluppo per la Germania della società EADS Networks Italia (in seguito divenuta Cassidian – si tratta della capogruppo del R.T.I. aggiudicatario -) dal 2000 al 2006 e che, in seguito, sia divenuto socio dirigente di una società (la Accellonet) che intrattiene importanti rapporti economici e commerciali con la Cassidian;

- per quanto riguarda il sig. Timeus, risulta agli atti che, nel corso del 2007, egli abbia svolto la sua attività come consulente esterno presso la EADS Networks Italia.

Il T.R.G.A. ha escluso che l’esistenza di pregressi rapporti professionali e di lavoro fra i membri della Commissione e una delle società in gara concretasse una causa di incompatibilità rilevante ai fini dell’articolo 51, c.p.c. (si tratta della disposizione alla quale vengono tradizionalmente ricondotte le ipotesi di incompatibilità anche in relazione ai membri delle Commissioni di gara).

Il RTI aggiudicatario ha soggiunto:

- che al momento della gara non sussisteva alcun rapporto professionale o di impiego fra i signori Machui e Timeus e la soc. Cassidian;

- che il sig. Machui era stato allontanato dalla compagine sociale a seguito di misure di ristrutturazione aziendale;

- che la soc. Accellonet è una società autonoma e che la Cassidian non costituisce il suo major contractor;

- che, in definitiva, nel caso in esame, non è individuabile alcuna delle ipotesi di astensione o incompatibilità al ricorrere delle quali può ritenersi il vizio nella composizione della Commissione.

6.2. Ad avviso del Collegio sussistevano certamente nel caso in esame le gravi ragioni di convenienza di cui al secondo comma dell’articolo 51 del c.p.c., le quali avrebbero indotto a non includere fra i membri della Commissione tecnica soggetti i quali, in tempi piuttosto recenti (si tratta del quinquennio antecedente alla gara per cui è causa), avevano intrattenuto con una delle partecipanti alla gara rapporti professionali e di lavoro dipendente.

Per quanto concerne, segnatamente, la posizione del signor Machui, la circostanza per cui egli avesse intrattenuto per ben sei anni un rapporto di lavoro dipendente con la società EADS Networks Italia (in seguito: Cassidian Communications GmbH) e fosse stato in seguito licenziato doveva a maggior ragione indurre a ritenere che egli non fosse in alcun caso nella necessaria posizione di equidistanza e serenità di giudizio necessaria per svolgere in modo adeguato il delicato compito assegnato.

Ed infatti, le gravi ragioni di convenienza di cui è menzione al richiamato secondo comma dell’articolo 51 non

necessariamente devono indurre la *suspicio* in ordine a un possibile condizionamento in senso favorevole a uno dei partecipanti, ben essendo possibile che le medesime gravi ragioni possano sussistere nelle ipotesi in cui – come nel caso di specie – il soggetto della cui imparzialità si discute potrebbe verosimilmente nutrire personali atteggiamenti di sfavore nei confronti di uno dei partecipanti alla gara.

In definitiva, ciò che occorre salvaguardare in tali ipotesi è il valore *in se* della necessaria equidistanza e serenità di giudizio, a prescindere dal segno (favorevole o sfavorevole) in cui la carenza di tale valore potrebbe in concreto manifestarsi.

Concludendo sul punto, il quarto motivo di ricorso è fondato e meritevole di accoglimento, con la conseguenza di determinare l'integrale caducazione degli atti della gara a partire dal momento della nomina della commissione tecnica (atto in data 3 ottobre 2011).

7. Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza in epigrafe, annulla gli atti della procedura di gara, che dovranno essere puntualmente ripetuti a partire dalla nomina della Commissione tecnica.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

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

