

REPUBBLICA ITALIANA

N.6286/05 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 10387 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione

ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 10387 del 2004, proposto dal COMUNE di SIENA in persona del Sindaco in carica, Dr. Maurizio Cenni, rappresentato e difeso dall'Avv. Fabio Pisillo del Foro di Siena, con domicilio eletto in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46, Palazzo IV, Scala B, presso lo studio del Sig. Giammarco Grez

contro

la società NPS s.r.l., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante, Amministratore Unico in carica, Sig. Maurizio Cinti Piredda, rappresentata e difesa dall'Avv. Gianfranco Ruggieri, con domicilio eletto in Roma, via G. Reni n. 56. presso lo studio dell'Avv. Simona Terzulli

e nei confronti

della società BULL ITALIA s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, n.c.

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Sezione II, n. 5058 del 22 ottobre 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della soc. NPS s.r.l.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 25 ottobre 2005, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi altresì, gli avvocati M.S. Masini per delega dell'avv. Pisillo e l'avv. Ruggieri;

Ritenuto e considerato che, secondo quanto documentato in atti dal Comune appellante, l'Ente, in corso del giudizio di appello, ha dato esecuzione alla sentenza appellata, non sospesa (ord. n. 22/2005 della Sezione), procedendo, in una nuova seduta di gara (in data 22 marzo 2005, all'esame delle offerte tecniche ed economiche precedentemente non conosciute dalla stazione appaltante (soc. Global e soc. N.P.S., quest'ultima ricorrente nel primo grado del presente giudizio), pervenendo, in conclusione, alla aggiudicazione della gara alla Soc. Bull Italia s.p.a , con provvedimento divenuto definitivo e non impugnato dalla attuale appellata;

Considerato che, l' ottemperanza nei confronti di una pronuncia giurisdizionale di primo grado, di accoglimento del ricorso non può essere interpretata come attuativa di un comportamento incompatibile con quello posto in essere mediante la proposizione dell' appello per la riforma della medesima pronuncia, per di più nel caso in cui il comportamento conformativo consegua alla reiezione dell'istanza cautelare proposta dalla stessa amministrazione con l'atto di appello (giurisprudenza pacifica; per tutte: Cons. Stato, Sez. VI, n. 141 del 19 marzo 1984 e n. 2797 del 6 maggio 2004; Sez. V, n. 363 del 14 aprile 1997);

Ritenuto, pertanto, che deve essere rivisto l'orientamento espresso dalla Sezione, con decisione n. 1759/2005 del 21 settembre 2005, su analoga controversia promossa dalla soc. Global, per l'impugnazione della sua esclusione dalla gara in questione per motivi coincidenti con quelli che hanno condotto alla esclusione della attuale resistente, in quanto non vi sono elementi per ritenere che con l'esecuzione in parola, in pendenza di appello, l'Amministrazione locale abbia inteso prestare acquiescenza alla sentenza di primo grado, esecutiva per legge e non sospesa dal giudice di appello;

Ritenuto e considerato che al riesame della questione non è di ostacolo la citata decisione n. 1759 del 2005, in quanto le sentenze a contenuto meramente processuale (cioè relative a

situazioni che rilevano solo per l'instaurazione o la prosecuzione del giudizio) sono idonee a fornire preclusioni soltanto nell'ambito del processo nel quale sono state pronunciate, o meglio nell'ambito dei vari gradi di giudizio in cui si svolge un unico impulso processuale (c.d. giudicato interno) , e non anche a costituire un accertamento sostanziale che faccia stato ai sensi dell' art. 2909 Cod. civ. in altri processi diversi dal primo (per tutte, Cons. Stato, Sez. V, n. 767 del 25 febbraio 2004 e Sez. VI, n. 661 - 7 luglio 1995);

Ritenuto che l'aggiudicazione in capo alla originaria aggiudicataria non fa venire meno, per la stazione appaltante, l'interesse alla riforma della sentenza appellata nel senso della reiezione del ricorso di primo grado e della validità del contratto *medio tempore* stipulato con l'aggiudicataria, dichiarato inefficace dal giudice di primo grado;

Ritenuto, al contrario, che l'esito della procedura e la mancata impugnazione del nuovo provvedimento di aggiudicazione evidenziano, al contrario, la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione per la ricorrente in primo grado, che, esclusa dalla gara con il provvedimento impugnato, non avrebbe avuto, in concreto, alcuna possibilità di vedersi aggiudicare l'appalto;

Ritenuto e considerato, pertanto, che il ricorso di primo grado è divenuto manifestamente improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse e che, conseguentemente, la sentenza di primo grado deve essere riformata nel senso della declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse;

Ritenuto peraltro che, ai soli fini della soccombenza virtuale e della condanna alle spese, la Sezione deve anche riconsiderare il convincimento espresso - sulla base di un sommario esame - nell'ordinanza n. 22 del 2004, rilevando incidentalmente e per i fini che interessano che:

a) il bando di gara ed il capitolato speciale assolvono a differenti funzioni in quanto il primo regola, principalmente il procedimento, ed il secondo le complessive condizioni del futuro rapporto contrattuale (cfr. Sez. VI, n. 1101/1998 cit.); ne consegue che il bando costituisce la legge speciale del procedimento le cui clausole, vincolanti per l'Amministrazione e precipuamente

per i concorrenti e la Commissione di gara, intanto possono essere considerate ambigue, in quanto oggettivamente considerate, secondo il loro contenuto letterale e, la finalità perseguita e nel confronto con altre prescrizioni procedurali contenute nello stesso bando, siano idonee ad indurre in errore i concorrenti;

b) ne consegue che non può considerarsi ambigua una clausola del bando di per sé chiara, soltanto perché in apparente contrasto con una disposizione contenuta nel capitolato, che non ha funzione di disciplinare il procedimento ma semplicemente quella di chiarire quale debba essere il contenuto dell'«offerta», complessivamente considerata;

c) ove si verifichi una siffatta ipotesi, il preteso conflitto deve essere risolto attribuendosi la prevalenza alla clausola del bando, con conseguenziale esclusione dell'offerta, ove la regola procedurale, stabilita a pena di esclusione, risulti violata;

d) nel caso in esame, è chiara ed inequivoca la formula che prescrive, nel bando, che l'offerta (economica) sia racchiusa in un plico debitamente sigillato e firmato sui lembi di chiusura, non contenente nessun altro documento ed inserita nel plico generale in cui deve essere anche contenuta, con l'altra documentazione, la relazione indicata nell'art. 3, comma 1 del capitolato, relativa agli elementi b) e c) dell'art. 2 del capitolato;

Ritenuto, in definitiva - incidentalmente e per i fini che interessano – che il comportamento della commissione di gara e dell'Ente non soggiace alle censure formulate in primo grado e che la sentenza appellata presenta, al contrario, i vizi denunciati dall'appellante e che, pertanto, in base al principio di soccombenza virtuale, la parte ricorrente in primo grado vede essere condannata al pagamento delle spese dei due gradi del giudizio, in favore del Comune appellante, e ciò indipendentemente dalla temerarietà della controversia (che riguarda aspetti differenti dalla condanna alle spese del giudizio), non specificamente dedotta in appello e sollevata dall'appellante soltanto con memoria conclusiva;

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, in riforma della sentenza di primo grado appellata, dichiara improcedibile il ricorso di primo grado, per sopravvenuto difetto di interesse;

Condanna l'appellata società NPS s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, al pagamento, in favore del Comune di Siena, delle spese di entrambi i gradi del giudizio, che si liquidano in complessivi €8000,00 oltre IVA e CPA, come per legge;

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

Così deciso in Roma, addì 25 ottobre 2005, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Sergio SANTORO	PRESIDENTE
Raffaele CARBONI	CONSIGLIERE
Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI est.	CONSIGLIERE
Goffredo ZACCARDI	CONSIGLIERE
Aniello CERRETO	CONSIGLIERE

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Chiarenza Millemaggi Cogliani

F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO
DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 10 novembre 2005
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p. IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi