

Publicato il 05/02/2018

N. 00713/2018REG.PROV.COLL.
N. 03121/2017 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3121 del 2017, proposto da:

Società Sinergy Group a r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Matteo Di Raimondo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Savoia, 86;

contro

Ministero dell'interno - Dipartimento Pubblica Sicurezza - Direzione centrale dei servizi tecnico logistici e della gestione patrimoniale, non costituito in giudizio;

Ministero dell'interno, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Mirafan s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio - Roma: Sezione I-ter n. 00921/2017, resa tra le parti, concernente annullamento: a) del provvedimento di esclusione della

Società appellante da una gara di appalto indetta dal Ministero degli Interni per la fornitura di manufatti di vestiario ed equipaggiamento occorrenti per le esigenze del personale della Polizia di Stato e del provvedimento col quale il RUP ha annullato le determinazioni della Commissione Giudicatrice; b) del provvedimento col quale lo stesso Ministero degli Interni ha poi indetto una nuova procedura negoziata per l'affidamento della fornitura di 40.000 cinturoni in tessuto per divisa operativa (corrispondente al lotto n. 4 della prima gara, provvisoriamente aggiudicata alla odierna appellante); c) di tutti gli altri atti e/o provvedimenti presupposti o consequenziali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2017 il Cons. Daniele Ravenna e uditi per le parti gli avvocati Matteo Di Raimondo e dello Stato De Nunctis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Sinergy Group s.r.l. unipersonale impugna la sentenza in epigrafe, che ha dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il suo ricorso avverso i provvedimenti del Ministero dell'interno che l'hanno esclusa da una gara e hanno successivamente bandito una seconda gara con il medesimo oggetto.

La Società appellante rappresenta che, con bando di gara pubblicato in GUCE S/90 del 9 maggio 2015 e GURI n. 56 del 15 maggio 2015, il Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica sicurezza ha indetto una procedura ristretta campionata per la *“fornitura di manufatto di vestiario ed*

equipaggiamento occorrenti per le esigenze del personale della Polizia di Stato”, procedura suddivisa in n. 16 lotti.

Alla procedura relativa al lotto n. 4 – *“Cinturone in tessuto per divisa operativa”*, avente ad oggetto la fornitura di 40.000 capi, elevabili, con il diritto di opzione, ad ulteriori 40.000 nei successivi 24 mesi dalla data di esecutività del relativo contratto, sono state invitate ed hanno partecipato Sinergy Group s.r.l. unipersonale, Mirafan s.r.l. e Protos s.r.l., presentando offerte.

La commissione giudicatrice, esperite le verifiche documentali di rito sulle offerte pervenute, inviava in forma anonima le campionature consegnate dai concorrenti ai laboratori incaricati di effettuare le verifiche tecniche, indi procedeva all’esame dei rapporti di prova redatti dai laboratori stessi.

Per quanto riguarda il campione prodotto da Sinergy, la Commissione rilevava che il cd. colibrì (con tale termine si designa, nei bottoni automatici a pressione, l’elemento con la sporgenza) era in ottone, mentre le specifiche tecniche lo richiedevano in acciaio. Tuttavia la Commissione, ritenendo che le differenze riscontrate non costituissero *“rilevanti ed evidenti difformità rispetto a quanto descritto nelle specifiche tecniche tali da pregiudicare il prodotto finale”*, proponeva di ammettere Sinergy al prosieguo di gara, con prescrizioni relativamente al fatto che in fase di produzione il colibrì avrebbe dovuto essere di acciaio. Sinergy veniva quindi ammessa alla fase della valutazione economica, in esito alla quale risultava aggiudicataria provvisoria per un importo complessivo pari a 1.603.600,00 e un importo unitario di euro 40,09 più IVA.

Tuttavia, in data 15 febbraio 2016 il Ministero comunicava a Sinergy l’esclusione dalla gara, poiché il RUP aveva annullato le determinazioni della Commissione giudicatrice, sul presupposto che tutti i campioni offerti dalle ditte concorrenti incorrevano in violazioni del bando di gara, in quanto recavano varianti non ammesse.

In ragione delle mancata aggiudicazione del lotto n. 4, l’8 marzo 2016 il Ministero indiceva nuovamente la medesima procedura negoziata, cui invitava nuovamente Sinergy a partecipare.

Sinergy impugnava in giustizia amministrativa sia l'esclusione dalla prima gara, sia il bando della seconda, ma il giudice adito respingeva il 19 aprile 2016 l'istanza cautelare.

Sinergy partecipava alla nuova procedura negoziata, presentando una nuova offerta più bassa di circa euro 152.700 rispetto all'offerta che aveva conseguito l'aggiudicazione nella prima gara; tale ribasso si sarebbe reso necessario – afferma l'appellante - a seguito dell'avvenuta conoscenza delle offerte economiche presentate dalle altre concorrenti nella prima gara.

Il 9 settembre 2016 questa V Sezione del Consiglio di Stato rigettava l'appello cautelare proposto da Sinergy.

Il 16 settembre la commissione di gara aggiudicava provvisoriamente a Sinergy la nuova gara, per un importo complessivo di euro 1.478.400,00 e un importo unitario di euro 36,96 più IVA, così determinando – afferma l'appellante – un “*evidente pregiudizio economico*” in capo alla medesima società. Il 19 settembre, a seguito della sottoscrizione del contratto, veniva redatto verbale di avvio dell'esecuzione, con cui veniva peraltro autorizzata la produzione dei bottoni con colibrì in ottone.

Infine il 19 gennaio 2017 la sentenza appellata dichiarava, come detto, improcedibile il ricorso di Sinergy.

Avverso la sentenza l'appellante deduce i seguenti motivi.

I. La sentenza sarebbe incorsa in errori di fatto e di diritto, dichiarando l'originario ricorso improcedibile per sopravvenuta mancanza di interesse (l'interesse della ricorrente sarebbe pienamente appagato dall'aggiudicazione della seconda gara e il *petitum* risarcitorio sarebbe soddisfatto mediante esecuzione in forma specifica). Invero l'aggiudicazione della nuova gara sarebbe avvenuta in virtù di una offerta con un ribasso rispetto alla precedente di circa 150.000 euro e a fronte di un capitolato tecnico più gravoso. In sintesi, sussisterebbero in capo a Sinergy tutti i requisiti richiesti per riconoscere la sussistenza dell'interesse ad agire, essendo l'interesse a una pronuncia di merito sull'illegittimità della procedura e al riconoscimento del

conseguente diritto al risarcimento del danno personale, attuale e concreto. La seconda aggiudicazione avrebbe comportato un “*evidente nocumento economico*” alla appellante, costretta – a causa dell’illegittimo annullamento della prima gara – a partecipare alla seconda gara presentando una offerta sensibilmente più bassa.

II.1. Tanto premesso, l’appellante afferma la illegittimità dei provvedimenti impugnati in primo grado, illegittimità non valutata dalla sentenza. Ricorda che ai sensi della *lex specialis* tutti gli accessori potevano essere realizzati “*anche con materiali similari purché in possesso di caratteristiche prestazionali equivalenti e/o migliorative*”. Pertanto la società presentava un campione di cinturone che, in via migliorativa rispetto alla *lex specialis*, presentava il colibrì in ottone anziché acciaio. Del resto la Stazione appaltante, in una nota del 30 luglio 2015 in risposta ad un quesito, aveva espressamente affermato che la concorrente avrebbe potuto apportare “*migliorie funzionali*” al prodotto. Al riguardo, la società richiama il contenuto di una autorevole relazione tecnica, redatta da docente universitario, attestante che la resistenza a corrosione dell’ottone (materiale prescritto dalla stessa amministrazione per le restanti parti del bottone) è superiore a quella dell’acciaio e che l’accoppiamento ottone-acciaio (quale prescritto dalle specifiche tecniche) comporterebbe il formarsi di una coppia galvanica che concentrerebbe i processi corrosivi sull’acciaio. Dunque la scelta della società appellante di realizzare il colibrì in ottone rappresenterebbe una miglioria, in quanto tale ammessa, e non una variante vietata dalla *lex specialis*. E in ogni modo, anche ove ritenuta variante, l’offerta avrebbe dovuto essere ritenuta ammissibile, alla luce dell’art. 68 del Codice degli appalti e della relativa giurisprudenza. Avrebbe quindi errato il RUP ritenendo quella proposta da Sinergy una variante e non una miglioria. L’appellante ricorda poi che la Commissione, valutato il colibrì in ottone come una miglioria e non una variante, ha richiesto che la produzione avvenisse in ottone; infine in esito alla seconda gara Sinergy è stata autorizzata a produrre il colibrì proprio in quel materiale.

2. Il RUP avrebbe adottato un provvedimento abnorme, esulante dai suoi poteri e lesivo della valutazione tecnica espressa dalla Commissione, come tale insindacabile se non per profili di erroneità, illogicità o sviamento.

3. L'appellante ripropone anche il motivo di diritto di cui al n. I.c del ricorso originario, attinente alla inammissibilità della prescrizione disposta dalla Commissione in ordine al fregio araldico posto sul cinturone, perché del tutto non individuata nei suoi contenuti.

III. Quanto alla richiesta di risarcimento del danno, la società appellante afferma di aver patito un gravissimo danno, determinato dall'impossibilità di conseguire l'utile di impresa prefissato; che non potrebbe riconoscersi in capo all'Amministrazione la scusabilità dell'errore e che la sua colpa risiederebbe nel non aver espletato correttamente la procedura; che il nesso causale sarebbe evidente; che il danno emergente sarebbe quantificabile in oltre 1,1 milione di euro.

Conclusivamente l'appellante chiede che, in riforma della sentenza appellata, sia dichiarata l'illegittimità degli atti impugnati in primo grado e che l'Amministrazione sia condannata al risarcimento del danno nella misura sopra indicata.

Si è costituito il Ministero dell'Interno, argomentando per il rigetto dell'appello.

All'udienza del 9 novembre 2017 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

In parziale riforma della sentenza appellata, l'appello va dichiarato in parte ammissibile ma non fondato nel merito e in parte inammissibile.

Quanto al motivo *sub* I, va riconosciuta – diversamente dalla sentenza appellata - la sussistenza dell'interesse attuale e concreto di Sinergy all'annullamento degli atti impugnati relativi alla prima gara, poiché non vi ha dubbio che la società, aggiudicataria provvisoria, ha subito un danno dall'annullamento della procedura che l'ha vista vincitrice. Non ha fondamento l'assunto della sentenza, che ha giudicato improcedibile il ricorso

per sopravvenuta carenza di interesse, avendo ritenuto nella sostanza ben appagato l'interesse di Sinergy dall'aggiudicazione della seconda gara e soddisfatto il *petitum* risarcitorio mediante esecuzione in forma specifica (l'ottenimento dell'appalto).

Invero, anche se la seconda procedura è stata bandita sollecitamente dopo l'annullamento della prima e con il fine di soddisfare la medesima esigenza per cui era stata bandita la prima (assicurare all'Amministrazione la fornitura del medesimo numero di cinturoni), e anche se è stata aggiudicata alla medesima aggiudicataria della prima, tuttavia le sue vicende, quali rappresentate dall'appellante e non contestate dall'Amministrazione, configurano una dinamica che, per i termini in cui si è concretamente svolta (in particolare, la conoscenza da parte dei concorrenti dei vizi per i quali era stata annullata la prima procedura e dell'ammontare delle offerte economiche presentate dai concorrenti) è stata – e non poteva non essere – diversa quanto al suo svolgimento, ai suoi esiti e al tipo di soddisfazione concreta che i diversi interessi in gioco hanno in effetto conseguito. Tant'è che Sinergy lamenta di aver presentato – proprio in virtù della conoscenza delle altre precedenti offerte – una propria offerta ben più bassa di quella presentata nella prima procedura e che il capitolato tecnico fosse più gravoso (implicando, è da intendere, maggiori oneri per la sua attuazione). Pertanto non può ritenersi che l'interesse al cui appagamento Sinergy mirava con la partecipazione alla prima procedura abbia potuto conseguire integrale soddisfazione dall'aggiudicazione della seconda, e distinta, gara.

Giudicato quindi ammissibile il ricorso, occorre esaminarlo nel merito. Al riguardo, appaiono fondate le argomentazioni dell'Amministrazione resistente che, per quanto riguarda la asserita equivalenza fra colibrì in ottone e acciaio, rileva che gli atti di gara hanno richiesto la presentazione di un colibrì in acciaio “*perché solo questo materiale è in grado di garantire la maggiore resistenza della chiusura allo sgancio ripetuto*”. La relazione tecnica prodotta dall'appellante afferma la preferibilità dell'utilizzo dell'ottone sotto il profilo della maggiore

resistenza alla corrosione, anche in relazione alla formazione di una coppia galvanica con l'acciaio. Ma, come è di tutta evidenza, la valutazione se privilegiare la resistenza all'utilizzo da un lato o la resistenza alla corrosione dall'altro inerisce *in toto* a quella sfera di discrezionalità tecnica propria dell'Amministrazione che è sottratta al sindacato del giudice amministrativo.

Se pertanto la *lex specialis* richiedeva la presentazione di un campione con il colibrì in acciaio, la presentazione di un campione in ottone rappresenta variante non consentita; a tacere dell'altra argomentazione addotta dall'Amministrazione, per la quale la clausola relativa all'utilizzo di materiali simili, in ipotesi equivalenti o migliorativi, è relativa alla fase di esecuzione del contratto (e non alla fase della presentazione delle offerte) e comunque è subordinata all'autorizzazione della stazione appaltante.

Circa il motivo sub II.II (illegittimità del provvedimento del RUP), a parte il profilo della inammissibilità di tale argomentazione sollevato dall'Amministrazione (in quanto non dedotta nel ricorso originario ma solo nell'appello cautelare), appare fondato l'argomento per il quale rientra senz'altro nelle attribuzioni del RUP, "*vero e proprio "motore" della procedura selettiva*" (Cons. Stato, Ad. plen., sent. 29 novembre 2012, n. 36), intervenire non a correggere le valutazioni discrezionali formulate dalla commissione giudicatrice, bensì a correggerne le decisioni sull'ammissibilità delle offerte.

Dal rigetto del motivo *sub* II – e dunque dal riconoscimento della legittimità della esclusione dalla gara di Sinergy per il fatto del colibrì, di per sé sufficiente – deriva l'assorbimento del motivo di appello dedotto *sub* III (prescrizione relativa al fregio araldico).

Dall'acclarata legittimità dell'operato dell'Amministrazione nell'escludere Sinergy dalla prima procedura, deriva – insieme al rigetto della pretesa risarcitoria – il venir meno dell'interesse della stessa Sinergy ad impugnare la successiva procedura, che l'ha vista aggiudicataria. Resta pertanto confermata, per questa parte, la statuizione della sentenza, che ha dichiarato il ricorso, per questa parte, inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Attesa la particolarità della questione, sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parziale riforma della sentenza appellata, lo respinge in parte e in parte lo dichiara inammissibile nei termini di cui in motivazione.

Dispone la compensazione delle spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Daniele Ravenna

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO