



N.5367/2005

Reg. Dec.

N. 11654 Reg. Ric.

Anno 2003

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 Quarta)
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello iscritto al NRG 11654 dell'anno 2003
proposto da **TOTEX S.r.l.**, in persona del legale
rappresentante in carica, rappresenta e difesa dagli avv.
Andrea Abbamonte e Angelo Carbone, con i quali è
elettivamente domiciliata in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del ministro in
carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello
Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliato in Roma,
via dei Portoghesi, n. 12;

e nei confronti di

VALMAN S.p.A., in persona del legale rappresentante in
carica, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del
raggruppamento temporaneo di impresa, con le società
Tessitura Fratelli Giussani fu A. S.p.A., Osella Tessile S.p.A.,
Industria Tessile Guli S.p.A., Perego S.p.A., SA.KA. Confezioni
S.r.l. e S.C. Confexpeli S.A., rappresentata e difesa

dall'avvocato Mario Sanino, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli, n. 180;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I bis, n. 5440 del 9 giugno 2004;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati ed i motivi aggiunti successivamente notificati;

Visto l'appello incidentale con riserva dei motivi proposto dal Ministero della Difesa ed i motivi di appello successivamente notificati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio della società Valman S.p.A., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le società Tessitura Fratelli Giussani fu A. S.p.A., Osella Tessile S.p.A., Industria Tessile Gulì S.p.A., Perego S.p.A., SA.KA. Confezioni S.r.l. e S.C. Confexpeli S.A., che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 133 del 02/03/2005;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 1° marzo 2005 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi gli avvocati Abbamonte e Sanino, nonché l'avvocato dello Stato Elefante;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, parte seconda, n. 35 del 12 febbraio 2003, il Ministero della Difesa (Direzione generale del Commissariato dei Servizi Generali, 1° Reparto, 3^a Divisione) indiceva una licitazione privata su prezzo base palese per la fornitura di vario materiale suddiviso in tre lotti: lotto A, n. 28700 materassi a molle ignifughi; n. 25000 cuscini monoblocchi ignifughi; n. 4000 guanciali a molle – lotto unico – CPA 36.15.01 – CPA 36.15.12; per un importo complessivo di €. 2.201.820,00; lotto B, n. 52000 sopraffodere ignifughe per materassi, 30000 lenzuoli in cotone, 75000 federe in cotone, 10000 lenzuola in lino/cotone, 10000 federe in lino/cotone e 25000 teli coprirete in cotone, lotto unico – CPA. 17.40.12, per un importo di €. 1.279.160,00; lotto C, n. 2000 coperte di lana, lotto unico, CPA 17.40.12 per un importo di €. 48.900.

Detto bando prevedeva: al punto 3, lett. d), che erano accettate (*rectius* ammesse) offerte per uno o più lotti e/o per intera fornitura, in relazione alle potenzialità dell'impresa; al punto 4, che il termine per la consegna era di 120 giorni dalla notifica dell'approvazione del contratto; al punto 9 (condizioni minime) che, a pena di esclusione, le imprese partecipanti dovevano produrre “dichiarazioni riguardanti capacità produttiva giornaliera materiali approvvigionamento” e che l'Amministrazione si riservava il diritto di disporre sopralluoghi per la verifica della potenzialità tecnica e la

capacità economico – finanziaria, sia nella fase del procedimento di scelta del contraente, sia in quella di esecuzione del contratto; al punto 11, che non erano ammesse né varianti, né subforniture.

In relazione all'aggiudicazione del lotto B, previa apposito invito del Ministero della Difesa in data 20 marzo 2003, in cui era dettagliatamente disciplinato il procedimento per la selezione della aggiudicataria, proponevano offerta la società Totex S.r.l. e il Raggruppamento temporaneo di Imprese facente capo alla Valmax S.p.A.

A seguito della valutazione delle predette offerte, la Commissione di gara, ai sensi dell'articolo 8 della lettera di invito, aggiudicava la fornitura in questione alla Totex S.r.l., subordinatamente alla verifica della relativa capacità tecnica, avendo rilevato che la predetta società aveva offerto il prezzo più basso.

Dopo una prima verifica svoltasi in data 20, 21 e 22 maggio 2003 presso lo stabilimento della predetta società, sito in S. Pennarello di Ottaviano (Napoli) alla via Sarno n. 103, all'esito della quale il nucleo valutativo evidenziava la sussistenza di essenziali preclusioni di inidoneità derivanti dalla insufficienza della forza lavoro, l'Amministrazione, a seguito delle controdeduzioni della società interessata (che aveva rappresentato di aver assunto altre otto persone), disposto un nuovo sopralluogo, giudicava la predetta società Totex S.r.l. in possesso dei requisiti tecnici per eseguire la

fornitura in questione (giusta nota prot. N. UCT/2/2674/COM del 10 giugno 2003 – Direzione generale del Commissariato e dei servizi generali – Ufficio del Coordinamento Tecnico – Sezione Controllo di qualità, verifica potenzialità e affidabilità delle ditte).

La ditta Totex S.r.l. veniva, pertanto, dichiarata definitivamente aggiudicataria della fornitura e in data 17 settembre 2003 veniva anche stipulato il relativo contratto (rep. n. 7474 del 17 settembre 2003).

Con ricorso giurisdizionale notificato il 30 settembre 2003 la società Valman S.p.A., in proprio e quale capogruppo del costituendi raggruppamento temporaneo di imprese con le società segnate in epigrafe, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale del Lazio l'annullamento: a) della nota prot. 3/31073/2/COM del 2 luglio 2003, con cui il Ministero della Difesa aveva aggiudicato in favore della Totex S.r.l. la licitazione provata su prezzo base palese relativa al lotto B del bando di gara del 12 febbraio 2003, inerente l'approvvigionamento di materassi, effetti letterecchi e coperte; b) della nota prot. UCT/2/3044/COM del 27 giugno 2003 e della nota prot. UCT/2/2674/COM del 10 giugno 2003, con cui il Ministero della Difesa aveva ritenuto la Totex S.r.l. in possesso dei requisiti tecnici necessari per eseguire la fornitura per cui è causa, disponendo di procedere all'aggiudicazione della stessa; c) della nota prot. 2952 in data 5 giugno 2003 del Ministero della Difesa e dell'allegato verbale

relativo al sopralluogo effettuato presso la sede della predetta Totex S.r.l.; d) della nota prot. UCT/2/2548/COM del 30 maggio 2003, con cui l'Amministrazione della Difesa aveva disposto un secondo sopralluogo presso lo stabilimento della Totex S.r.l. per verificare la forza lavoro della predetta società; e) del provvedimento di aggiudicazione condizionata adottata in data 7 maggio 2003.

A sostegno dell'impugnativa, la società ricorrente formulava tre motivi di censura.

Con il primo, rubricato "Violazione e falsa applicazione del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358, e successive modificazioni, dell'art. 40, del D.M. 14 aprile 2000, n. 200, del bando di gara, della lettera di invito e dei principi di ordine generale delle procedure concorsuali; eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, falsità della causa e sviamento", sosteneva che illegittimamente la stazione appaltante aveva considerato ai fini della valutazione dell'offerta formulata dalla società Totex S.r.l. requisiti che quest'ultima non possedeva alla data di presentazione della domanda di partecipazione, in particolare quelli relativi alla forza - lavoro, pacificamente acquisiti ed integrati in un momento successivo e quindi in violazione del bando di gara che al punto 10 prevedeva espressamente che la verifica dei requisiti tecnici delle ditte concorrenti sarebbe stata effettuata sulla base di quanto dichiarato nella domanda di partecipazione.

Altrettanto illegittimamente, poi, l'Amministrazione della Difesa aveva consentito in un secondo momento alla aggiudicataria di integrare la forza - lavoro (la cui entità era stata considerata non idonea ad assicurare la fornitura nei termini previsti dall'apposita Commissione per la verifica tecnica), così falsando i termini dell'offerta formulata.

Con il secondo, deducendo "Violazione e falsa applicazione del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358, e successive modificazioni, delle norme e condizioni generali che disciplinano le gare del Ministero della Difesa, del bando di gara, della lettera di invito e dei principi di ordine generale delle procedure concorsuali; eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, falsità della causa e sviamento", la società ricorrente rilevava che l'amministrazione appaltante aveva microscopicamente violato l'art. 8, punto b) della lettera di invito, secondo cui, all'esito negativo del sopralluogo per la verifica della potenzialità tecnica dichiarata dalla aggiudicataria in via provvisoria, doveva procedersi ad una nuova aggiudicazione in favore della ditta che aveva presentato l'offerta più bassa dopo quella eliminata, previo esame della potenzialità tecnica.

Col terzo motivo, infine, lamentando "Violazione e falsa applicazione del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358, e successive modificazioni, del bando di gara, della lettera di invito e dei principi di ordine generale delle procedure concorsuali;

eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, falsità della causa e sviamento”, osservava che un ulteriore profilo di illegittimità dell’aggiudicazione in favore della Totex S.r.l. si ricavava dall’espresso divieto di subappalto, a pena di esclusione, contenuto nel punto 12 del bando di gara, anch’esso palesemente violato, atteso che la predetta aggiudicataria aveva dichiarato di avvalersi per i lavori di finissaggio di fornitori esterni, non disponendo di specifico reparto di lavorazione.

L’adito Tribunale, sez. I *bis*, nella resistenza dell’intimata amministrazione della difesa e della Totex S.r.l., dopo aver emesso dispositivo di sentenza n. 183 del 25 novembre 2003, con la sentenza n. 5440 del 9 giugno 2004, accoglieva il ricorso, ritenendo fondato il secondo motivo di appello.

In particolare, secondo i primi giudici, in presenza delle puntuali, specifiche ed univoche disposizioni contenute al punto 9) e al punto 10) del bando di gara e di quelle di cui al punto 8) della lettera di invito, una volta accertata dall’apposita commissione per la verifica delle potenzialità della società aggiudicataria la sussistenza di essenziali preclusioni di idoneità ad eseguire la fornitura oggetto di appalto per l’insufficienza della forza lavoro in capo alla Totex S.r.l., l’Amministrazione avrebbe dovuto procedere all’aggiudicazione della fornitura in favore della seconda

migliore offerente, previa verifica del possesso dei requisiti di idoneità tecnica: a ciò conseguiva l'annullamento degli atti impugnati e l'aggiudicazione della fornitura in favore della Valman S.p.A., in proprio e nella qualità in atti, previa effettuazione del sopralluogo per verificarne la potenzialità tecnica, con rigetto della domanda di risarcimento del danno.

La Totex S.r.l., con atto notificato l'11 dicembre 2003, proponeva appello avverso il ricordato dispositivo di sentenza n. 183 del 25 novembre 2003, con riserva dei motivi, articolando tre motivi di gravame.

Con il primo, rubricato "*Error in iudicando e in procedendo* – Violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – extrapetizione – travisamento dei fatti – violazione art. 112 CPC", rilevava che erroneamente i primi giudici avevano dichiarato l'aggiudicazione dell'appalto in questione alla società ricorrente in primo grado, atteso che la richiesta di esecuzione in forma specifica non era stata formulata dalla stessa che, invero, si era limitata a chiedere il risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, collegato all'ingiusto danno sofferto per la errata valutazione delle offerte; peraltro la impugnata pronuncia era errata anche perché la inopinata dichiarazione di aggiudicazione dell'appalto era condizionata alla verifica della potenzialità tecnica della Valman S.p.A. e non teneva conto della eventuale indisponibilità della fornitura oggetto di

gara da parte del Ministero della Difesa, essendo stato nelle more stipulato il contratto.

Con il secondo motivo, denunciando “*Error in iudicando e in procedendo* – Carenza di potere con riferimento al contenuto della sentenza adottata dal TAR Lazio – Violazione dei principi di cui alla L. 205/00 segnatamente violazione dell’art. 23 L. 1034/71, come introdotto dall’art. 4 della L. 205/00”, la società appellante sottolineava che il giudice amministrativo, anche a prescindere dalla già eccepita violazione dell’art. 112 CPC, non aveva alcun potere di pronunciare l’aggiudicazione di un appalto in favore di un’impresa partecipante alla gara pubblica; tanto più, poi, che, nel caso di specie, con una sorprendente inammissibile commistione e interferenza tra funzione giurisdizionale e quella amministrativa, la stessa aggiudicazione era stata sottoposta alla condizione della verifica della potenzialità tecnica da parte dell’amministrazione appaltante.

Con il terzo motivo, infine, deducendo “*Error in iudicando e in procedendo* – Travisamento dei fatti – Erronea valutazione delle difese di parte appellante – Difetto di motivazione e di istruttoria”, veniva censurata la decisione impugnata per la parte in cui aveva ritenuto l’illegittimità dell’attività posta in essere dall’Amministrazione appaltante circa la verifica della propria potenzialità tecnica, rilevando - in ogni caso - la regolarità dell’integrazione della forza lavoro,

non trattandosi di un requisito di ammissione alla gara stessa.

Con atto notificato il 9 luglio 2004, a seguito del deposito della sentenza n. 5440 del 9 giugno 2004, la predetta Totex S.r.l. formulava i motivi di appello, sostanzialmente riproponendo quella già spiegati con l'atto notificato l'11 dicembre 2003.

Il Ministero della Difesa, dopo aver proposto appello incidentale con riserva dei motivi, giusta atto notificato il 31 dicembre 2003, notificava il 6 agosto 2004 i motivi del gravame incidentale, contestando, innanzitutto, la correttezza della sentenza impugnata nella parte in cui non aveva ritenuto possibile integrare la forza - lavoro, quale elemento della capacità tecnica, in quanto che la tesi dei primi giudici si basava su di un'inammissibile lettura formalistica della *lex specialis* di gara, contraria alle stesse tendenze legislative nazionali in materia di nuove tipologie di contratti di lavori), e lamentando l'erroneità della statuizione (*sub specie* della violazione dell'art. 112 C.P.C.), nella parte in cui aveva addirittura aggiudicato la gara alla società ricorrente in primo grado.

Quest'ultima, poi, costituitasi in giudizio, oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza degli avversi gravami, di cui pertanto chiedeva il rigetto, spiegava, altresì, appello incidentale, riproponendo le censure sollevate in primo grado e dichiarate assorbite, formulando "richiesta di

risarcimento dell'ingiusto danno subito, ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, tenendo in considerazione il danno emergente costituito dalle spese sostenute per la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva da parte di un R.T.I. composto da sette imprese, la perdita di chances ed il lucro cessante, oltre interessi e rivalutazione monetaria”.

DIRITTO

I. E' oggetto di gravame la sentenza n. 5440 del 9 giugno 2004 con cui il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I *bis*, ha accolto il ricorso proposto dalla Valman S.p.A., in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le società Tessitura Fratelli Giussani fu A. S.p.A., Osella Tessile S.p.A., Industria Tessile Guli S.p.A., Perego S.p.A., SA.KA. Confezioni S.r.l., S.C. Confexpeli S.A., annullando gli atti della procedura di gara per l'affidamento della fornitura del materiale di cui al lotto B del bando del Ministero della Difesa in data 12 febbraio 2003 nella parte in cui era risultato aggiudicataria la Totex S.r.l., pur non essendo in possesso della necessaria potenzialità tecnica, e disponendo l'aggiudicazione in favore della società ricorrente, sotto condizione della verifica della potenzialità tecnica.

Avverso tale statuizione ha proposto appello principale la Totex S.r.l., lamentandone l'erroneità per violazione dell'art. 112 C.P.C., non avendo chiesto la ricorrente in primo grado

l'aggiudicazione dell'appalto, e sostenendo che, in ogni caso, una simile statuizione esorbitava dai poteri del giudice; inoltre, a suo avviso, correttamente l'Amministrazione della Difesa le aveva consentito di integrare il requisito della forza – lavoro, che non costituiva requisito di ammissione alla gara.

Il Ministero della Difesa ha spiegato appello incidentale, svolgendo sostanzialmente le stesse censure formulate dall'appellante principale.

La Valman S.p.A., in proprio e nella qualità segnata in epigrafe, oltre a resistere agli avversi appelli, chiedendone il rigetto, ha altresì spiegato anch'essa appello incidentale, con cui ha riproposti i motivi sollevati in primo grado, ma non esaminati in quanto assorbiti, avanzando domanda risarcitoria ex art. 35 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

II. Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

II.1. Per priorità logica deve essere innanzitutto esaminato il terzo motivo dell'appello principale della Totex S.r.l., coincidente col secondo (sostanziale) motivo del gravame incidentale spiegato dal Ministero della Difesa, con cui è stata sostenuto che del tutto correttamente l'Amministrazione appaltante, dopo il primo sopralluogo sfavorevole per la Totex S.r.l. in ordine alla sua potenzialità tecnica, aveva consentito l'integrazione della forza – lavoro, non trattandosi di un requisito di ammissione, avendo dato i primi giudici una lettura assolutamente (ed inammissibilmente) formalistica della *lex specialis* della gara .

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

II.1.1. Giova innanzitutto rilevare che il bando relativo alla gara per cui è questione prevedeva al punto 9 (condizioni minime), a pena di esclusione, per le imprese fornitrici di materiale di fornitura (lett. e, secondo capoverso), la produzione di “dichiarazioni riguardanti capacità produttiva giornaliera materiali di approvvigionamento”, aggiungendo che l'Amministrazione si riservava il diritto di disporre sopralluoghi per la verifica della potenzialità tecnica e della capacità economico - finanziaria, sia nella fase del procedimento di scelta del contraente, sia nella fase di esecuzione contrattuale.

Il punto 8 della lettera di invito, al terzo capoverso, precisava, poi, che “L'aggiudicazione della fornitura è subordinata alla verifica di congruità delle offerte anormalmente basse, ovvero condizionata all'esito di un sopralluogo di verifica della potenzialità tecnica laddove la commissione di valutazione delle richieste di ammissione a gara lo abbia ritenuto necessario”; al successivo paragrafo b) del predetto punto specificava puntualmente il procedimento per espletare la predetta verifica della potenzialità tecnica da disporsi dal Capo Ufficio Coordinamento Tecnico, precisando che “se gli esiti della valutazione sono sfavorevoli , il presidente riconvoca il seggio d'asta, annulla la precedente aggiudicazione per il verificarsi della condizione risolutiva e procede ad una nuova aggiudicazione alla ditta che ha

presentato l'offerta più bassa dopo quella eliminata e che ha superato l'esame di potenzialità tecnica. Se anche la nuova aggiudicazione risulta sub condizione di sopralluogo il procedimento ricomincia”.

E' noto che le prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera d'invito costituiscono la *lex specialis* della gara e vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione (*ex pluribus*, C.d.S., sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297; sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300), né può disapplicarle (neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando, C.d.S., sez. V, 30 dicembre 2004, n. 8292; sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 5712; 14 gennaio 2002, n. 166).

Deve aggiungersi, inoltre, che le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali che implicano selezione dei partecipanti, nonché la salvaguardia del valore della *par condicio* dei concorrenti (che - d'altra parte - costituiscono concreta attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento cui deve conformarsi l'attività della pubblica amministrazione) impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, per cui deve essere preclusa qualsiasi esegesi

delle stesse non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato ovvero palesante significati non desumibili dalla loro originaria formulazione (C.d.S., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162); a tale stringente principio si oppone quello della sanabilità delle (sole) irregolarità formali, di derivazioni comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, che consente di attenuare il rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale, semprechè esse non incidano sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti nella procedura e non alterino le regole riguardanti la *par condicio* dei concorrenti (C.d.S., sez. V, febbraio 2004, n. 364) e a condizione che sussistano dubbi sulla esatta portata delle prescrizioni di gara (C.d.S., sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357) ovvero le stesse possano dar luogo a più interpretazioni sugli adempimenti richiesti alle imprese (C.d.S., sez. V, 2 marzo 1999, n. 223).

II.1.2. Ciò posto, si osserva che, nel caso di specie, è pacifico che la Totex S.r.l. è stata dichiarata provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto oggetto di controversia, sotto condizione della verifica della sua potenzialità tecnica.

Detta verifica risulta eseguita nei giorni 20, 21 e 22 maggio 2003 da due ufficiali, componenti del nucleo valutativo appositamente nominato in data 14 maggio 2003, presso lo stabilimento della predetta Totex S.r.l. siti in S. Gennariello di Ottaviano (Napoli).

Dal relativo verbale emerge che ai fini della predetta verifica il nucleo valutativo ha preso in esame le attrezzature e la situazione infrastrutturale; la forza lavoro; la potenzialità economica e la potenzialità tecnico - produttiva, concludendo per la sussistenza di "essenziali preclusioni di idoneità ad eseguire la fornitura di: n. 52.000 soprafedere in tessuto ignifugo per materassi a molle ignifughi; n. 75.000 federe di cotone candido per guanciali truppa; n. 30.000 lenzuola di cotone candido per truppa; n. 10.000 lenzuola di lino/cotone per u/s; n. 10.000 federe di lino/cotone per u/s; n. 25.000 teli coprirete di cotone", oggetto dell'aggiudicazione condizionata in data 7 maggio 2003, per l'insufficienza della forza lavoro "ad assicurare, nei tempi previsti, la lavorazione dei materiali previsti dalle sei "voci" in fornitura".

Alla stregua delle precise ed inequivoche disposizioni contenute nella *lex specialis* della gara, così come sopra cennate, all'esito di tale verifica l'Amministrazione non avrebbe potuto fare altro che annullare l'aggiudicazione pronunciata in favore della Totex S.r.l., riavviando il procedimento di gara per aggiudicare la fornitura al Raggruppamento temporaneo di imprese facente capo alla Valmax S.p.A., sia pur subordinatamente alla verifica della potenzialità tecnica.

L'Amministrazione, invece, sollecitata da una nota della Totex S.r.l. in data 27 maggio 2003 che rappresentava di aver provveduto ad assumere altre 8 persone e che chiedeva un

ulteriore sopralluogo tecnico per la verifica della nuova potenzialità produttiva, disponeva effettivamente un nuovo sopralluogo, espletato in data 4 giugno 2003 da due ufficiali (peraltro diversi da quelli che avevano eseguito la precedente verifica), all'esito del quale riteneva sussistenti le condizioni per l'aggiudicazione definitiva della fornitura alla predetta Totex S.r.l., avendone i requisiti tecnici.

Senonché, così operando, ad avviso della Sezione, l'Amministrazione ha violato le regole della gara da essa stessa stabilite, tanto più che essa, pur avendo sicuramente il potere di valutare l'esito della verifica (al fine di stabilire se effettivamente sussistessero in capo alla Totex S.r.l. tutti i requisiti tecnici per l'esecuzione della fornitura), non aveva, invece, il potere di consentire alla Totex S.r.l. di modificare l'elemento della forza - lavoro, ritenuta insufficiente in sede di primo sopralluogo, in modo da assicurare l'esecuzione della fornitura, così come è avvenuto.

Sul punto, diversamente da quanto prospettato dalla società appellante, l'assunzione di un consistente numero di dipendenti (8, come risulta dalla nota in data 27 maggio 2003 della stessa Totex S.r.l., su un totale di 41, come emerge dal verbale del secondo sopralluogo) non costituisce una mera integrazione della forza - lavoro della ditta, ma integra una vera e propria nuova configurazione dell'assetto aziendale rispetto a quello dichiarato ai fini della partecipazione alla gara (e considerato sufficiente) ed implica perciò una modifica

sostanziale delle condizioni di gara, con violazione del principio della *par condicio* (non pertinenti essendo al riguardo le deduzioni svolte dall'amministrazione statale per invocare una pretesa lettura non formalistica delle regole della gara, anche alla luce di quanto precedentemente osservato).

A conforto di tali conclusioni non può non evidenziarsi, per un verso, che dalla stessa documentazione in atti risulta pacificamente che l'assunzione del nuovo personale è stata addirittura successiva al primo sopralluogo e, per altro verso, che – a tutto voler concedere – né l'appellante si è dato carico di evidenziare che l'avvenuta assunzione di personale non avrebbe influito sull'offerta economica presentata (e risultata la più economica e vantaggiosa sulla base di un diverso e più limitato, dal punto di vista numerico, assetto aziendale del personale dipendente), né d'altra parte l'amministrazione della difesa ha verificato la congruità dell'offerta in relazione alle modificazioni sopravvenute della forza – lavoro.

Non è pertanto meritevole di censura sul punto la sentenza impugnata, dovendosi confermare dunque il giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della Totex S.r.l..

II.2. Può passarsi all'esame degli altri motivi di gravame (primo e secondo dell'appello principale della Totex s.r.l. e primo dell'appello incidentale del Ministero della Difesa), che per la loro intima connessione possono essere trattati congiuntamente, essendo volti a contestare la correttezza

dell'operato dei primi giudici, innanzitutto, per aver accolto la domanda di risarcimento in forma specifica della Valman S.p.A., domanda che invece non sarebbe stata - ad avviso della Totex S.r.l - neppure formulata, e poi per aver inammissibilmente disposto l'aggiudicazione della fornitura di cui si tratta in favore del Raggruppamento temporaneo di imprese facente capo alla Valman S.p.A., così sostituendosi alla stessa autorità amministrativa.

Anch'essi sono privi di fondamento e devono essere respinti.

II.2.1. Deve innanzitutto premettersi che non vi è dubbio che, una volta intervenuto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno deve valutarsi la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa: è stato, infatti, più volte precisato che la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi deve essere inserita nel sistema delineato dagli articoli 2043 e seguenti del codice civile in base al quale l'imputazione non può avvenire sulla base del mero dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento, dovendo verificarsi che la predetta adozione (e l'esecuzione dell'atto impugnato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi (C.d.S., sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 45; sez. V, 1° marzo 2003, n. 1133).

E' stato, poi, evidenziato, anche con riferimento alla giurisprudenza comunitaria (Corte giustizia C.E. 5 marzo 1996, cause riunite nn. 46 e 48 del 1993; 23 maggio 1996, causa C5 del 1994), che in sede di accertamento della responsabilità della Pubblica amministrazione per danno a privati il giudice (amministrativo) può affermare la responsabilità quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negandola quando l'indagine presupposta conduce al riconoscimento dell'errore scusabile (per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto) (C.d.S., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500).

Peraltro, posto che l'annullamento dell'atto illegittimo può da solo determinare l'integrale riparazione delle conseguenze lesive, il giudice amministrativo che, nell'ambito della sua giurisdizione, può disporre anche il risarcimento del danno, quale strumento di tutela ulteriore (secondo quanto affermato dal giudice delle leggi nella sentenza 6 luglio 2004, n. 204), in presenza di una domanda di risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un provvedimento amministrativo, deve accertare previamente se l'accoglimento della domanda principale di annullamento comporti già di per

sé una tutela pienamente soddisfacente delle ragioni del privato.

Nel caso di specie, ad avviso della Sezione, sussistono effettivamente gli estremi dell'elemento soggettivo dell'illecito, nella forma della colpa, atteso che – come del resto delineato nel paragrafo sub. II.1. – l'Amministrazione della difesa nel procedimento di gara ha palesemente ed ingiustificatamente violato le norme costituenti la *lex specialis* della gara, da essa stessa stabilite, adottando un illegittimo provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Totex S.r.l., in particolare acconsentendo ad una modificazione di uno degli elementi della offerta forza – lavoro, senza rendersi conto che non si era in presenza di una (mera) integrazione (formale) di un requisito di partecipazione già posseduto al momento della presentazione della domanda di partecipazione, bensì di una vera e propria modificazione dell'offerta e dei requisiti di partecipazione relativi alle capacità tecnico – produttive ed organizzative dell'impresa, con violazione del fondamentale principio della *par condicio* dei concorrenti.

D'altra parte, non vi era alcun elemento di fatto o qualche dubbio o difficoltà interpretativa della normativa concorsuale tale da poter far ritenere che si fosse in presenza di un errore scusabile.

Deve quindi concludersi che la domanda di risarcimento del danno era sicuramente ammissibile, sussistendone tutti i presupposti, non potendo neppure dubitarsi (anche per la

manca di qualsiasi contestazione al riguardo) che, stante le puntuali prescrizioni del bando di gara e della lettera di invito (come sopra ricordato), il semplice annullamento del provvedimento di aggiudicazione della fornitura in favore della Totex S.r.l. non era idoneo ad assicurare integralmente la tutela del raggruppamento temporaneo di impresa facente capo alla Valman S.p.A. che aspirava all'aggiudicazione in suo favore della predetta fornitura proprio in virtù delle specifiche norme di gara.

II.2.2. Sulla base di tali precisazioni può ora compiutamente esaminarsi il motivo di gravame con cui è stato lamentato che i primi giudici, disponendo a titolo di risarcimento del danno in forma specifica l'aggiudicazione della fornitura dell'appalto di cui si discute in favore del raggruppamento temporaneo di imprese facente capo alla Valman S.p.A., avrebbero violato l'articolo 112 C.P.C. atteso che il predetto raggruppamento temporaneo di imprese si sarebbe limitato in primo grado a chiedere genericamente il solo risarcimento del danno.

Anche a prescindere dalle controdeduzioni svolte sul punto dalla parte appellata (secondo cui già nel ricorso di primo grado e nella memoria illustrativa dello stesso sarebbe stata precisata anche la richiesta del risarcimento in forma specifica), la Sezione osserva che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, il vizio di extrapetizione si configura solo quando il giudice, esorbitando dalle proprie

funzioni, pronuncia sentenza oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni fatte valere dalle parti, attribuendo, quindi, una utilità o un bene della vita non richiesto, rientrando invece nella sua *potestas iudicandi* non solo il potere di qualificare giuridicamente l'azione proposta, ma anche quello di procedere ad un'autonoma ricerca delle norme su cui fondare la decisione (*ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 6 giugno 2002, n. 8218; sez. I, 4 giugno 2002, n. 8057; sez. lav., 19 gennaio 2002, n. 572).

Tali principi valgono anche per il processo amministrativo, con la precisazione che in esso la *potestas iudicandi* è altresì delimitata dai motivi di ricorso: tuttavia se ciò impedisce al giudice di rilevare fatti non dedotti dalle parti e di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nelle domande e nelle eccezioni formulate, non gli preclude, nell'ambito della situazione fattuale allegata dal ricorrente, una valutazione giuridica autonoma e difforme rispetto a quella prospettata (C.d.S., sez. VI, 7 luglio 2003, n. 4032).

E' noto poi che il giudice amministrativo può procedere all'individuazione dei motivi di ricorso tenendo conto non solo delle censure espressamente enunciate, ma anche di quelle che, pur se formalmente non esposte, possono essere desunte chiaramente dall'esposizione dei fatti ovvero dall'intero contesto del ricorso (C.d.S., sez. IV, 10 dicembre 2003, n. 8117; 20 ottobre 1992, n. 910; sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6070; 9 giugno 2003, n. 3242), con la conseguenza che il vizio

di ultrapetizione non sussiste allorquando viene accolta una domanda che, pur se non espressamente formulata, sia comunque contenuta nel ricorso introduttivo del giudizio (C.d.S., sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3730; sez. V, 24 settembre 2003, n. 5462).

Ciò posto, il risarcimento del danno ingiusto attraverso la reintegrazione in forma specifica, qual è quello il capo della pronuncia di cui si duole la Totex S.r.l., non costituisce, in realtà, una forma eccezionale ovvero una forma sussidiaria di responsabilità, ma è uno dei modi attraverso cui il danno può essere concretamente risarcito (C.d.S., sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716; sez. IV, 3 aprile 2003, n. 1716; 12 gennaio 2005), da non confondere con l'azione di adempimento dell'obbligazione ovvero con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica, quale strumento di attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta di conseguenze pregiudizievoli: limite al risarcimento del danno nella forma della reintegrazione è l'eccessiva onerosità ovvero l'oggettiva impossibilità (come nel caso di una fornitura o di un contratto di appalto già interamente esauriti e conclusi).

Di conseguenza, nella domanda di risarcimento del danno per l'illegittima aggiudicazione dell'appalto, salva un'espressa ed inequivoca richiesta della parte tesa ad ottenere esclusivamente il risarcimento del danno per equivalente, deve ritenersi compresa anche la domanda di risarcimento del danno nella forma di reintegrazione in forma

specifica (del resto più coerente, almeno dal punto di vista astratto, alla tutela del bene della vita che si assume lesa dal provvedimento illegittimo della P.A.), anche in considerazione della formulazione dell'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, secondo cui il giudice amministrativo dispone il risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica.

Nel caso di specie, quindi, non si è verificata alcuna violazione dell'articolo 112 C.P.C., e del tutto correttamente i primi giudici hanno ritenuto ammissibile e fondata, accogliendola, la richiesta di risarcimento del danno nella forma della reintegrazione in forma specifica, non essendo – d'altra parte – formulata alcuna deduzione circa una sua eventuale eccessiva onerosità o oggettiva impossibilità (è per mero scrupolo, al riguardo, che si è evidenziato che in primo grado e tanto meno in sede di appello è stata fornita prova della stipulazione e dell'approvazione del contratto di appalto ovvero della sua integrale esecuzione).

II.2.3. Ugualmente infondata è la censura con la quale le parti appellanti hanno dedotto la sostanziale abnormità della pronuncia impugnata che, a loro avviso, inopinatamente sostituendosi all'autorità amministrativa, avrebbe essa stessa pronunciato l'aggiudicazione dell'appalto in questione al raggruppamento temporaneo di imprese facenti capo alla Valman S.p.A., sotto condizione della verifica delle capacità tecniche.

E' sufficiente al riguardo, ad avviso della Sezione, rilevare che le puntuali disposizioni che regolavano la gara in questione (come già ricordato sulla base del bando di gara e della lettera di invito) precludevano all'Amministrazione appaltante qualsiasi valutazione nel caso in cui l'impresa dichiarata provvisoriamente aggiudicataria fosse risultata inidonea in sede di verifica della proprie capacità tecniche, imponendo di procedere al riavvio della gara con l'aggiudicazione, sempre in via provvisoria, alla ditta che aveva formulato la offerta più vantaggiosa (dopo quella esclusa), subordinando la nuova definitiva aggiudicazione all'esito positivo della verifica.

La assoluta mancanza di discrezionalità in ordine al cosa fare nel caso in cui fosse stata accertata l'inidoneità tecnica della impresa dichiarata provvisoriamente aggiudicataria della fornitura esclude che, nel caso di specie, possa configurarsi l'esistenza del vizio dedotto, essendosi limitati i primi giudici, com'era loro dovere, a procedere al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, applicando quelle stesse regole – prive di qualsiasi discrezionalità – che la stessa amministrazione si era posta (e che avrebbe comunque dovuto applicare a seguito del disposto annullamento dell'aggiudicazione in favore della Totex S.r.l., ivi compresa la clausola dell'aggiudicazione subordinata alla verifica del possesso dei requisiti tecnici).

Non vi è stato, pertanto, alcun travalicamento da parte dei giudici dei limiti della propria *potestas iudicandi*, come peraltro puntualmente definiti dal ricordato articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

Gli appelli, principali della Totex S.r.l. ed incidentale del Ministero della Difesa, devono essere pertanto respinti.

II.3. La Valmann S.p.A., in proprio e nella qualità in atti, ha spiegato a sua volta appello incidentale con il quale ha chiesto il risarcimento dei danni subiti dall'illegittima aggiudicazione per le spese sostenute per la partecipazione alla gara, perdita di chances e lucro cessante, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

La censura è priva di fondamento.

I primi giudici, con statuizione confermata da questa Sezione alla stregua delle considerazioni fin qui svolte, hanno già accolto l'istanza risarcitoria formulata in primo grado dalla predetta società Valman S.P.a., in proprio e nella qualità in atti, nella forma della reintegrazione in forma specifica, riconoscendola aggiudicataria della fornitura in questione in applicazione delle puntuali disposizioni della *lex specialis* della gara, illegittimamente ignorate dalla stessa amministrazione appaltante.

Pertanto, la reintegrazione in forma specifica è completamente soddisfacente della tutela risarcitoria avanzata dalla predetta società, assegnandole direttamente il bene della vita cui aspirava ed escludendo che sussistano ambiti per una

ulteriore tutela risarcitoria conseguente all'annullamento della aggiudicazione.

III. In conclusione devono essere respinti tanto l'appello principale proposto dalla Totex, quanto gli appelli incidentali proposti dal Ministero della Difesa e dalla società Valman S.p.A., in proprio e nella qualità in epigrafe.

Sussistono giusti motivi per disporre la integrale compensazione della spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla società Totex S.r.l. e sugli appelli incidentali proposti dal Ministero della Difesa e dalla società Valman S.p.A., in proprio e nella qualità in epigrafe, avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I *bis*, n. 5440 del 9 giugno 2004, così provvede:

- Respinge l'appello principale della Totex S.r.l. e l'appello incidentale del Ministero della Difesa;
- Dichiarà inammissibile il ricorso incidentale della Valman S.p.A;
- Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 1°
marzo 2005, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale –

Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

VENTURINI	LUCIO	- Presidente
LODI	PIERLUIGI	- Consigliere
SCOLA	ALDO	- Consigliere
LEONI	Anna	- Consigliere
SALTELLI	CARLO	- Consigliere est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

Lucio Venturini

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

5 ottobre 2005

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Antonio Serrao