

N. 02026/2013REG.PROV.COLL.

N. 01357/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 1357 del 2013, proposto da:

Unicredit Spa, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Zanetti, Maurizio Brizzolari, con domicilio eletto presso Maurizio Brizzolari in Roma, via della Conciliazione, 44;

contro

Banca delle Marche Spa, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani, Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, V. Bocca di Leone 78(St. Bdl);

nei confronti di

Cassa di Previdenza delle Forme Armate-Ente di Diritto Pubblico Sotto La Vigilanza del Ministro della Difesa, Ministero della Difesa – Cassa Previdenza delle Forze Armate; Cassa di Prev. delle Forze Armate-Ente di Diritto Pubbl. Sotto La Vigilanza del Ministro della Difesa -Uff. di Gestione, Ministero della Difesa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, tutti rappresentati e difesi dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, sono ope legis domiciliati;

per la revocazione della sentenza del CONSIGLIO DI STATO – SEZ. IV n. 00831/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio gestione dei conti correnti intestati ai fondi previdenziali operanti nell'ambito della cassa di previdenza delle forze armate

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Banca delle Marche Spa e di Cassa di Prev. delle Forze Armate-Ente di Diritto Pubbl. Sotto La Vigilanza del Ministro della Difesa -Uff. di Gestione e di Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2013 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli Avvocati Andrea Zanetti e Saverio Sticchi Damiani;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la decisione impugnata per revocazione n. 831/2013 la Sezione ha accolto l'appello della Banca delle Marche Spa e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata del T.A.R. LAZIO – ROMA: SEZIONE I BIS n. 07416/2012, ha accolto il ricorso di primo grado con il quale la Banca delle Marche aveva impugnato innanzi al Tar del Lazio il provvedimento (determinazione del 22 giugno 2011 assunta in sede di autotutela) del Presidente del Consiglio di Amministrazione della Cassa di previdenza delle Forze Armate – Ente pubblico sotto la sorveglianza del Ministero della Difesa- con il quale era stato disposto non approvare la graduatoria definitiva relativa alla gara ad evidenza pubblica con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa finalizzata alla individuazione di un unico istituto di credito per la gestione del servizio di cassa relativo ai fondi previdenziali di categoria.

In particolare, era accaduto che, con riguardo alla detta gara, nella seduta riservata del 17 maggio 2011 la commissione di gara aveva proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, alla valutazione delle stesse e all'attribuzione dei punteggi ed all'esito di tale procedura era stata stilata la

relativa graduatoria in cui l'appellante Banca delle Marche si era posizionata al primo posto con punti 74,00.

L'esito era stato oggetto di reclamo inoltrato dalla odierna ricorrente in revocazione Unicredit, la quale aveva stigmatizzato la irregolarità dell'avvenuta apertura delle buste n.2 contenenti le offerte tecniche in seduta riservata anziché in seduta pubblica.

A seguito dell'annullamento in autotutela della gara, l'aggiudicataria del servizio Banca delle Marche aveva avverso il detto atto di autotutela, ma il Tar aveva respinto il gravame.

La Banca delle Marche aveva gravato la sentenza del Tar in appello, e con la revocanda decisione la Sezione aveva accolto il gravame, affermando la legittimità dell'apertura delle offerte tecniche in seduta segreta avvenuta prima della sentenza dell'Adunanza Plenaria n.13/2011 (e pertanto la illegittimità dell'avverso atto di autotutela).

Con la ulteriore impugnativa che viene all'esame del Collegio, la parte originariamente appellata – rimasta soccombente in appello – ha chiesto la revocazione della sentenza pronunciata dalla Sezione 834/2013 in quanto asseritamente affetta da errore di fatto incidente su un punto decisivo della controversia.

Tale doveva considerarsi l'omessa deliberazione della Sezione sulla eccezione (contenuta nella memoria depositata da Unicredit in data 28.12.2012, pagg. 5 e segg) secondo cui le "offerte tecniche" aperte in seduta riservata non erano in realtà tali (o almeno, non soltanto).

Esse infatti contenevano anche profili economici

Ed era principio costante, da sempre predicato in giurisprudenza, ben prima dell'arresto dell'Adunanza Plenaria, quello per cui le offerte economiche dovessero essere aperte in seduta pubblica (RD n. 827/1924). Ne discendeva, quanto al profilo rescindens, che la sentenza doveva essere annullata per omessa pronuncia su una eccezione di parte.

E quanto al profilo rescissorio, la reiezione dell'appello e la conferma della legittimità dell'atto di autotutela (già riconosciuta dal Tar) in quanto la gara era affetta da illegittimità essendosi aperte in seduta riservata buste che – sebbene definite quali contenenti l'offerta tecnica – in realtà contenevano anche profili e valori di natura economica.

Con ulteriore memoria la parte ricorrente in revocazione ha ribadito le ragioni poste a sostegno dell'accoglimento dell'impugnazione.

L'appellata Banca delle Marche ha depositato una articolata memoria chiedendo la declaratoria di inammissibilità del gravame e facendo presente che la questione relativa alla natura dell'offerta la cui busta era stata aperta in seduta riservata (e segnatamente se la stessa potesse qualificarsi come "offerta tecnica" ovvero come offerta mista, "tecnico-economica",) era stata a lungo vagliata sia nel corso del processo di primo grado che in secondo grado.

L'odierna impugnante non aveva specificamente gravato in via incidentale la sentenza del Tar che – in parte disattendendo le difese svolte da Unicredit in di primo grado – aveva definito l'offerta "tecnica" e non già

“tecnico-economica”, limitandosi a depositare una memoria (27.12.2012) affermando la natura “mista”, e cioè tecnico-economica dell’offerta.

Ne conseguiva che la impugnazione era inammissibile sia perché afferente ad un “fatto controverso oggetto di delibazione”, ma anche perché impingente su valutazioni giuridiche e, in terzo luogo, perché non “decisiva” in quanto, anche laddove accolta, non avrebbe potuto condurre ad una decisione diversa.

Alla odierna adunanza camerale del 26 marzo 2013 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Stante la completezza del contraddittorio e la mancata opposizione delle parti rese edotte della possibilità di immediata definizione della causa, la controversia può essere decisa nel merito tenuto conto della infondatezza dell’impugnazione.

2. Il ricorso per revocazione proposto è infatti inammissibile e comunque infondato.

3. Invero si rammenta in proposito che la giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato che l’errore di fatto, idoneo a costituire il vizio revocatorio previsto dall’art. 395 n. 4 c.p.c., deve consistere in un “travisamento di fatto costitutivo di “quell’abbaglio dei sensi” che cade su un punto decisivo ma non espressamente controverso della causa.” (ex multis, Consiglio Stato , sez. IV, 07 settembre 2006, n. 5196).

La ratio di tale condivisibile orientamento riposa nella necessità di evitare che detta forma di impugnazione si trasformi (soprattutto, ovviamente, il problema si pone con riferimento alle sentenze pronunciate nell’ultimo grado di giudizio di merito, ovvero, per ciò che attiene ai procedimenti innanzi al giudice ordinario, in sede di legittimità) in una forma di gravame, teoricamente reiterabile più volte, idoneo a condizionare sine die il passaggio in giudicato di una pronuncia giurisdizionale (ex multis Cassazione civile , sez. I, 19 giugno 2007, n. 14267).

Il rimedio in esame non è pertanto praticabile, allorché incida su un aspetto della controversia che ha formato oggetto di valutazione giudiziale (tra le tante, Cassazione civile , sez. II, 22 giugno 2007, n. 14608) e men che meno allorché l’errore segnalato verta nella interpretazione od applicazione di norme giuridiche.

Il Consiglio di Stato ha in passato condiviso pienamente tale orientamento ed ha affermato che “ai sensi dell’art. 395 n. 4 c.p.c., sono soggette a revocazione per errore di fatto le sentenze pronunciate in grado di appello, quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l’inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita e tanto nell’uno quanto nell’altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare” (Consiglio Stato , sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3721, Consiglio Stato , sez. VI, 05 giugno 2006, n. 3343, Consiglio Stato , sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2278).

Inoltre, è stato chiarito dalla giurisprudenza che “l’errore di fatto idoneo a legittimare la revocazione non soltanto deve essere la conseguenza di una falsa percezione delle cose, ma deve avere anche carattere decisivo, nel senso di costituire il motivo essenziale e determinante della pronuncia impugnata per

revocazione. Il giudizio sulla decisività dell'errore costituisce un apprezzamento di fatto riservato al giudice del merito, non sindacabile in sede di legittimità se sorretto da congrua motivazione, non inficiata da vizi logici e da errori di diritto.”(Cassazione civile , sez. I, 29 novembre 2006 , n. 25376).

2.1. Più in particolare, e con riferimento allo specifico “vizio” prospettato nel primo motivo del gravame revocatorio, si è condivisibilmente affermato, in passato,

“che rileva come errore di fatto ex art. 395 n. 4, c.p.c. l'omessa pronuncia su un profilo della controversia devoluta in appello, qualora la ragione di siffatta omissione risulti causalmente riconducibile alla mancata percezione dell'esistenza e del contenuto di atti processuali.”

(Consiglio Stato , sez. V, 17 settembre 2009 , n. 5552), con ciò definitivamente superandosi il più restrittivo, pregresso, orientamento, secondo cui l' omessa pronuncia su censure o motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e, pertanto, non è deducibile in sede di revocazione .(Consiglio Stato , sez. V, 20 ottobre 2004 , n. 6865).

Si è detto poi, che “l'omessa pronuncia su una censura sollevata dalla parte è riconducibile all'errore di fatto idoneo a fondare il giudizio revocatorio ogni qualvolta esso risulti evidente dalla lettura della sentenza e sia chiaro che in nessun modo il giudice abbia preso in esame la censura medesima.”(Consiglio Stato , sez. VI, 04 settembre 2007 , n. 4629, Consiglio Stato , sez. V, 19 marzo 2007 , n. 1300).

Al condivisibile fine di evitare la proposizione di azioni revocatorie certamente inutili, quanto a tale aspetto si è puntualizzato ” che il vizio di omessa pronuncia su un vizio deve essere accertato con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché esso può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile.(Consiglio Stato , sez. VI, 06 maggio 2008, n. 2009).

Tale condivisibile affermazione, che costituisce jus receptum, costituisce corollario di quel più ampio principio che privilegia la “decisività” dell'errore, secondo il quale

“l'errore di fatto revocatorio (così come per il motivo di revocazione previsto al n. 4 dell'art. 395) deve essere “decisivo”, nel senso che se non vi fosse stato la decisione sarebbe stata diversa.”

(Consiglio Stato , sez. III, 29 novembre 2010 , n. 4466).

E' necessario quindi – in tema di revocazione ex art. 395, n. 4, c.p.c, – che l'errore di fatto rappresenti elemento decisivo, rilevante ed ineliminabile ai fini di pervenire ad una decisione differente rispetto a quella che si sarebbe dovuta (asseritamente) adottare. Allorché la giurisprudenza parla di nesso causale tra errore e decisione, si riferisce non alla causalità storica, ma ad un nesso logico-giuridico, nel senso che la diversa soluzione della lite deve imporsi come inevitabile sul piano, appunto, della logica e del diritto, non degli accadimenti concreti. Non si tratta, in altri termini, di stabilire come si sarebbe, nei fatti, determinato il giudice se non avesse commesso l'errore; si tratta, invece, di stabilire quale sarebbe dovuta essere, per

necessità logico-giuridica, la decisione una volta emendatene le premesse dall'errore. L'errore di fatto ex art. 395, n. 4, cit. deve essere essenziale e decisivo (nel senso che tra l'erronea percezione del giudice e la pronuncia da lui emessa deve sussistere un rapporto causale tale che senza l'errore la pronuncia medesima sarebbe stata diversa).

La pacifica giurisprudenza di legittimità, inoltre, perimetra il suddetto rimedio straordinario evidenziando che "l'errore di fatto previsto dall'art. 395, n. 4, c.p.c., idoneo a costituire motivo di revocazione, si configura come una falsa percezione della realtà, una svista obiettivamente e immediatamente rilevabile, la quale abbia portato ad affermare o supporre l'esistenza di un fatto decisivo incontestabilmente escluso dagli atti e documenti, ovvero l'inesistenza di un fatto decisivo che dagli atti o documenti stessi risulti positivamente accertato, e pertanto consiste in un errore meramente percettivo che in nessun modo coinvolga l'attività valutativa del giudice di situazioni processuali esattamente percepite nella loro oggettività; ne consegue che non è configurabile l'errore revocatorio per vizi della sentenza che investano direttamente la formulazione del giudizio sul piano logico-giuridico." (Cassazione civile, sez. lav., 03 aprile 2009, n. 8180).

3. Alla stregua di tale principi è evidente l'inammissibilità del gravame.

3.1. L'impugnante poggia il gravame revocatorio su due capisaldi in realtà insussistenti: l'omessa pronuncia sulla eccezione; la decisività di detto errore. Sullo sfondo, si rinviene la tesi secondo cui l'offerta tecnica può essere definita tale soltanto qualora contenga esclusivamente elementi tecnici e non anche, seppur marginalmente elementi di natura economica od economicamente valutabili.

Il Collegio non ritiene ravvisabile alcuna di tali emergenze processuali e, più a monte, non condivide la tesi giuridica dell'appellante sottesa al gravame revocatorio.

Invero costituisce pacifico approdo in giurisprudenza quello per cui (Cons. Stato Sez. VI, 22-11-2012, n. 5928) "nelle gare di appalto, il d.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), nell'indicare gli elementi che compongono l'offerta tecnica, indica voci che presentano elementi di tipo quantitativo- economico, quali il contenimento dei consumi energetici, il costo di utilizzazione e manutenzione, la redditività (art. 83, comma 1, lett. e, f, g). A sua volta il regolamento attuativo del Codice degli appalti prescrive che le offerte tecniche siano esaminate in seduta segreta e che solo successivamente, in seduta pubblica, siano esaminate le offerte economiche (art. 120 d.P.R. n. 207/2010). Questo al precipuo fine di evitare che in sede di valutazione delle offerte tecniche la commissione possa essere influenzata da elementi di natura economica".

La circostanza quindi che l'offerta tecnica presenti (anche) elementi di natura economica costituisce quindi evenienza del tutto pacifica e normale, tanto da essere espressamente prevista dal codice.

Essa tuttavia, a cagione di tale circostanza non cessa di essere definibile qual "offerta tecnica" espressamente normata dalle disposizioni del codice dei contratti pubblici nè inficia il convincimento per cui la giurisprudenza antecedente alla decisione dell'Adunanza Plenaria più volte citata in precedenza,

nell'affermare il principio della legittimità dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata facesse riferimento ad un concetto di "offerta tecnica" quale esso era positivamente tratteggiato nel codice degli appalti (e quindi talvolta comprensivo di aspetti di natura "economica") essendo del tutto indifferente, come visto, che essa contenesse anche elementi economici.

In sintesi: la giurisprudenza pregressa non distingueva (né regolava diversamente la fase dell'apertura delle buste) a seconda che ci si trovasse al cospetto di una "offerta tecnica" del tutto scevra dalla indicazione di dati economici (ammesso che la stessa fosse individuabile nel sistema) ovvero di una offerta tecnica "contaminata" dalla menzione di dati economici.

Faceva invece riferimento al concetto onnicomprensivo di offerta tecnica, quale si rinviene nel codice dei contratti pubblici e cui si è prima fatto riferimento. E tali concetti erano trasposti e recepiti nel bando.

Se così è, è evidente che la motivazione della sentenza, nel fare riferimento a detti approdi giurisprudenziali pregressi, abbia implicitamente disatteso l'eccezione, rifacendosi al concetto di offerta tecnica tratteggiato dal codice degli appalti e che non possa ravvisarsi alcun vizio di omessa petizione ex art. 112 cpc.

E' appena il caso di osservare, comunque, che stante la infondatezza nel merito della censura (si veda ad esempio Cons. Stato Sez. V, 09-06-2009, n. 3575 . "la necessaria allegazione al progetto definitivo del computo metrico estimativo, ex art. 35 del D.P.R. n. 554/1999, comporta fisiologicamente che i profili economici siano conosciuti e valutati dal seggio di gara in concomitanza con la valutazione dell' offerta tecnica.") anche se si fosse riscontrato il denunciato vizio di omessa petizione, ugualmente la impugnazione avrebbe dovuto respingersi in quanto facente riferimento ad una doglianza manifestamente infondata e quindi non decisiva.

L'esito della causa non avrebbe potuto essere diverso, infatti: il "nomen" offerta tecnica implica che la medesima fosse in passato assoggettata alla regola giurisprudenziale che consentiva l'apertura delle dette buste in seduta riservata.

E ciò quand'anche la detta offerta tecnica avesse ricompreso elementi economici (siccome segnalato dalla odierna appellante) trattandosi di evenienza del tutto normale e non idonea a snaturare la natura dell'offerta medesima ovvero a farla ritenere sottratta alla detta regola.

A detta nozione ha fatto riferimento la sentenza gravata, e l'approdo cui essa è giunta si appalesa del tutto immune da vizi.

L'argomento asseritamente obliato dal Consiglio di Stato, nella sentenza gravata, pertanto, si appalesa del tutto inidoneo a condurre ad un esito diverso della causa, il che impone, anche per tal via, di dichiarare il gravame inammissibile o comunque infondato nel merito.

Coglie peraltro nel segno la memoria di parte contro interessata che sottolinea come la questione relativa alla natura della offerta fosse stata dibattuta nel corso del giudizio, ma soprattutto che l'errore di fatto asseritamente sussistente, in ogni caso non avrebbe avuto natura fattuale ma giuridico (riposando nell'aver obliato che, laddove l'offerta tecnica avesse anche contenuto profili economici, avrebbe dovuto essere

assoggettata al “regime” previsto per l’offerta economica e, quindi, aperta in seduta pubblica) e, come tale, anche per tal via si ne sarebbe dovuta affermare la inammissibilità del gravame revocatorio.

4. Conclusivamente, l’impugnazione deve essere dichiarata inammissibile .

5. Le spese del procedimento seguono la soccombenza, e pertanto la società impugnante in revocazione deve essere condannata al pagamento delle medesime in favore dell’intimata Banca delle Marche, in misura che appare equo quantificare in Euro duemila complessivi (€ 2000,00) oltre accessori di legge, se dovuti, mentre le compensa per il resto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società impugnante in revocazione al pagamento delle spese del procedimento in favore dell’intimata Banca delle Marche, in misura che appare equo quantificare in Euro duemila complessivi (€ 2000,00) oltre accessori di legge, se dovuti, mentre le compensa per il resto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2013 con l’intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2013

IL SEGRETARIO

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