

Ai fini della decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva è, dunque, irrilevante la presenza dei rappresentanti delle imprese concorrenti alle sedute di gara in cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara, stante la sua rilevata natura di atto endoprocedimentale, come tale inidoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non è risultata vincitrice, e la cui impugnazione costituisce una mera facoltà e non già un onere, ben potendo optare per la diversa soluzione di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva

L'aggiudicazione provvisoria non è, infatti, l'atto conclusivo del procedimento, bensì atto preparatorio che produce solo effetti prodromici, la cui impugnazione, tuttavia, comporta l'onere per l'impresa di formulare ogni contestazione avverso tale atto, non essendo la successiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva mezzo per proporre censure che già potevano essere mosse all'aggiudicazione provvisoria

La necessità di presentare, in sede di pubbliche gare, una sola offerta con un'unica soluzione tecnica ed un unico prezzo ed il fatto che l'Amministrazione sia tenuta a valutare solo proposte così formulate risponde, da un lato, al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa e, dall'altro, all'esigenza di rispettare il principio di imparzialità, poiché la presentazione di più di un'offerta da parte di uno dei concorrenti, attribuendo allo stesso maggiori possibilità di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto attraverso la presentazione di diverse proposte, finirebbe per ledere la par condicio fra i concorrenti

Avuto riguardo alla pronuncia di accoglimento del ricorso, come sopra delibata, deve il Collegio precisare che, essendo intervenuta in data 23 dicembre 2008 la stipula del contratto per l'appalto in questione, la portata della pronuncia di annullamento della aggiudicazione non si estende anche al contratto comportandone l'automatica caducazione, appartenendo alla giurisdizione del Giudice ordinario, e non già a quella esclusiva del Giudice amministrativo, la decisione in ordine all'accertamento - con efficacia di giudicato - della caducazione del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara, come costantemente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione Civile (da ultimo: Cass. Civ. - SS.UU. - 23 aprile 2008 n. 10443) e dal giudice amministrativo che si è, da ultimo, conformato al decisum del giudice della giurisdizione

(Cons. Stato - Adunanza Plenaria - 30 luglio 2008 n. 9; Sez. V - 8 settembre 2008 n. 4252; TAR Lazio - Sez. II - 7 aprile 2008 n. 2013; Sez. I - 15 gennaio 2009 n. 196)..

Al fine di individuare la data da cui far decorrere il termine decadenziale per l'impugnazione, va rilevato che l'aggiudicazione provvisoria, in quanto atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, non obbliga il partecipante alla gara all'immediata impugnazione, decorrendo, conseguentemente, il termine per ricorrere contro l'aggiudicazione di un pubblico contratto solo dalla piena conoscenza di quella definitiva, con la possibilità di far valere nel relativo giudizio anche i vizi propri di quella provvisoria.

Ciò coerentemente con il carattere endoprocedimentale e di mera aspettativa dell'aggiudicazione provvisoria, come tale inidonea a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non è risultata vincitrice, che rende dunque la sua impugnazione oggetto di una facoltà, ma non di un onere, essendo l'atto effettivamente lesivo quello conclusivo del procedimento, da impugnare in ogni caso (ex plurimis, da ultimo: Cons. Stato - Sez. V - 7 maggio 2008 n. 2089), dovendo rinvenirsi la diversità dell'aggiudicazione definitiva dalla provvisoria nella competenza, forma e contenuto e nella rinnovata valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze della gara, che non rende l'aggiudicazione definitiva una mera conferma di quella provvisoria.

Ed infatti, l'aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, è soggetta ad approvazione della stazione appaltante ed il provvedimento di approvazione non costituisce un atto vincolato, poiché in esso si esprime un'ulteriore valutazione della stazione appaltante circa la regolarità nello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto, dovendo quindi essa svolgere nuove ed autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria, cosicché l'impugnazione di questa, non consolidando la lesione in capo al concorrente non aggiudicatario, è da considerarsi una mera facoltà, mentre è sempre necessario che il concorrente non aggiudicatario impugni l'aggiudicazione definitiva, tanto che la mancata impugnazione dell'atto finale del procedimento di gara determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso rivolto contro l'aggiudicazione provvisoria, atteso che l'eventuale annullamento di quest'ultima non arrecherebbe alcun concreto vantaggio al ricorrente, il cui interesse sarebbe irrimediabilmente pregiudicato dal provvedimento sopraggiunto e non contestato (ex plurimis, da ultimo: Cons. Stato - Sez. IV - 21 aprile 2008 n. 1773). **_ se invero il provvedimento lesivo, da cui decorrono i termini per l'impugnazione, è quello di aggiudicazione definitiva, ne consegue che nelle ipotesi in cui la piena conoscenza dello stesso avvenga mediante la ricezione della comunicazione individuale di cui all'art. 79 del D.Lgs. n. 163 del 2006, è a tale comunicazione che deve farsi riferimento ai fini della proposizione dell'azione impugnatoria, posto che essa contiene gli elementi essenziali della decisione e del suo contenuto lesivo, potendo la conoscenza di ulteriori atti della procedura consentire la proposizione di eventuali motivi aggiunti._** Conseguentemente, **al di là di inutili formalismi inerenti la qualificazione degli atti, è ammissibile** – e doverosa - l'impugnazione del provvedimento di comunicazione individuale della avvenuta aggiudicazione della gara, dovendo l'azione impugnatoria intendersi riferita al contenuto sostanziale della decisione di cui si dà notizia, e cioè all'aggiudicazione definitiva di cui parte ricorrente si duole, anche nella considerazione della mancata conoscenza di ulteriori e diversi provvedimenti. **_** Peraltro, posto che il termine per ricorrere, da parte del concorrente non aggiudicatario, avverso l'esito sfavorevole di una procedura concorsuale per l'affidamento di un appalto pubblico, decorre o dalla comunicazione o dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva

in quanto è da questo momento che l'interessato è posto nelle condizioni di conoscere il contenuto lesivo della decisione adottata dalla stazione appaltante, sarebbe irragionevole e contrario a qualsiasi principio ritenere inammissibile il ricorso proposto avverso siffatta comunicazione, fermo restando l'onere, se necessario, di formulare convenientemente e compiutamente i motivi di impugnazione al momento della conoscenza degli ulteriori atti della procedura.

Ed invero, il principio della unicità dell'offerta – che si traduce in precise prescrizioni anche sotto il profilo delle forme soggettive di partecipazione alla gara – tende a tutelare il corretto confronto economico delle offerte garantendo la parità di condizioni tra i partecipanti, indubitabile essendo l'idoneità della presentazione di diverse proposte economiche e tecniche ad incidere sulla sostanza dell'offerta e sull'assetto di interessi relativo alla gara stessa. La regola della unicità dell'offerta, vigente nelle gare pubbliche, oltre che discendere dal principio di parità tra i concorrenti, è connaturale al concetto stesso di gara, non potendosi quindi ammettere una duplice offerta da parte del medesimo concorrente (TAR Lazio – Roma – Sez. III – 7 luglio 2007 n. 6506; Cons. Stato – Sez. V – 7 febbraio 2002 n. 719), annoverandosi l'esigenza di chiarezza e di certezza degli elementi dell'offerta tra gli interessi di particolare rilevanza che il principio enunciato tende a tutelare. Se quello sin qui illustrato è il quadro dei principi di riferimento cui avere riguardo ai fini di valutare la corrispondenza ad esso della fattispecie in esame, non può non rilevarsi come l'offerta presentata dalla aggiudicataria, in quanto contenente due diverse proposte o soluzioni in relazione alla tipologia di macchinario offerto con corrispondente indicazione di due distinti prezzi, debba intendersi formulata in violazione del principio di unicità dell'offerta, senza che a diversamente ritenere possa invocarsi la circostanza che una delle due proposte sia stata giudicata nulla dalla Commissione di gara in quanto non corrispondente alle prescrizioni tecniche recate dalla lettera di invito. **Ed invero, i principi che regolano la materia dei pubblici appalti, in quanto rispondenti a superiori interessi a tutela della libera e corretta concorrenza tra gli operatori economici, da realizzarsi anche attraverso il rispetto dell'imparzialità dell'azione amministrativa e della par condicio tra i concorrenti, da coordinarsi a loro volta con i principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, impongono che il rispetto delle regole – pur prescindendo da impostazioni meramente formalistiche – sia assicurato attraverso il complessivo assetto delle regole cui conformare la gara, non potendo la loro eventuale violazione ritenersi sanata dalla circostanza che – per quanto qui di interesse - in presenza di due diverse proposte contenute nella medesima offerta, la stessa sia stata ricondotta ad unicità dalla commissione disponendo l'esclusione di una delle soluzioni proposte, risolvendosi in tale ipotesi, il rispetto della par condicio a circostanza meramente eventuale discendente dall'operato della commissione, laddove la par condicio va assicurata a monte attraverso l'esclusione della stessa possibilità di presentazione di duplici offerte o di plurime proposte nell'ambito della medesima offerta, la cui inammissibilità non può che condurre alla esclusione del concorrente che le ha formulate dalla gara.** Deve ritenersi contraria ai principi di par condicio tra i concorrenti e di imparzialità dell'azione amministrativa la possibilità, per un partecipante alla gara, di presentare offerte contenenti diverse soluzioni tecniche ed economiche, le quali vanno escluse dalla gara anche se solo una delle proposte presentate risulti conforme alle prescrizioni tecniche della lex specialis, non potendosi riportare ad unicità l'offerta contenente plurime soluzioni in ragione della conformità di una sola di esse ai requisiti richiesti dalla disciplina di gara ed alla declaratoria di nullità – come avvenuto nella fattispecie in esame – della proposta difforme dalla tipologia indicata.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 6681 dell' 8 luglio 2009, emessa dal Tar Lazio Roma ed in particolare il seguente passaggio

< Anticipando le conclusioni che, alla luce delle considerazioni che si andranno ad esporre, il Collegio intende trarre, il ricorso è da ritenersi fondato sotto il profilo della dedotta violazione del principio della par condicio tra i concorrenti per mancato rispetto del principio di unicità delle offerte.

Al fine di compiutamente individuare gli elementi cui parametrare la censura in esame, va precisato che la società aggiudicataria, odierna controinteressata, ha presentato un'offerta contenente due diverse proposte circa le caratteristiche dei mezzi oggetto della fornitura con due diversi prezzi, e segnatamente, una proposta riferita a 'macchina con bocca aspirazione posizionata dietro l'asse posteriore' per un prezzo di € 399.000, ed un'altra soluzione relativa a 'macchina con bocca aspirazione montata tra gli assi anteriore e posteriore' per un prezzo di € 380.000.

Come leggesi nel verbale di gara del 17 novembre 2008, una delle due opzioni contenute nell'offerta presentata dall'aggiudicataria è stata ritenuta 'nulla, in quanto non rispondente alle condizioni tecniche previste per la fornitura e, pertanto, considerata come non apposta', procedendosi all'aggiudicazione per l'offerta riferita alla 'macchina con bocca aspirazione posizionata dietro l'asse posteriore' per un prezzo di € 399.000, ovvero per la configurazione del macchinario conforme a quanto richiesto dalla lettera di invito.

La circostanza che il confronto competitivo, nell'ambito di una gara con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, si sia svolto con riferimento alla proposta dell'aggiudicataria relativa a tipologia di macchinario conforme alle prescrizioni di gara non rende, a giudizio del Collegio e contrariamente a quanto affermato dalla controinteressata, immune la procedura dal denunciato profilo di illegittimità inerente l'intervenuta violazione del principio di unicità dell'offerta.

Vige, difatti, in materia di appalti pubblici, il citato principio della unicità dell'offerta – che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica quale contenuto della propria offerta - il quale risponde non solo alla necessità di garantire l'effettiva par condicio dei concorrenti, ma soprattutto a quella di far emergere la migliore offerta nella gara, come ben evincesi nei sistemi ad offerta economica nei quali si richiede ai concorrenti di fare la migliore offerta possibile, nel qual caso non avrebbe senso una duplice offerta da parte di un medesimo concorrente, che va dunque esclusa tanto nelle gare regolate dal criterio del prezzo più basso, quanto in quelle regolate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo la regola dell'unicità dell'offerta connaturale al concetto stesso di gara per la migliore offerta, oltre che discendere dal principio di parità dei concorrenti.>

A cura di Sonia LAzzini

N. 06681/2009 REG.SEN.
N. 01898/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1898 del 2009, proposto da: RICORRENTE AUTOMOTIVE ITALIA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Carlo E. Esini, Paolo Esini, Marco Da Villa, Daniele Baghini, con domicilio eletto presso quest'ultimo sito in Roma, Via Cola di Rienzo, n. 297;

contro

Il MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso il cui Ufficio sito in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 è, ope legis, domiciliato;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Xavier Santiapichi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi sito in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 44/46;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento datato 22 dicembre 2008, Prot. IV/10-1256 072.08.0009, adottato dal Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Terrestri – IV Reparto - 10^a Divisione, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione a favore della CONTROINTERESSATA S.r.l. della gara a procedura ristretta 072/08/009 per l'approvvigionamento di veicoli di varia tipologia, in relazione al Lotto n. 7 – n. 2 spazzatrici pesanti per piste di volo;
- di ogni altro atto precedente, conseguente, presupposto, confermativo, comunque connesso;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società CONTROINTERESSATA S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 393-C/2009 con cui sono stati disposti incumbenti istruttori;

Vista l'ordinanza n. 1844/2009 con cui è stata fissata, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, l'udienza di discussione nel merito del ricorso;

Visto il dispositivo di sentenza n. 186/2009 adottato ai sensi dell'art. 23 bis, comma 6, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 giugno 2009 il Consigliere Elena Stanizzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Espone in fatto la società odierna ricorrente di aver partecipato alla gara a procedura ristretta per l'approvvigionamento di veicoli di varia tipologia, e segnatamente al Lotto n. 7 – n. 2 spazzatrici pesanti per piste di volo, la quale è stata aggiudicata a favore della CONTROINTERESSATA S.r.l.

Avverso tale aggiudicazione propone parte ricorrente i seguenti motivi di censura:

- Eccesso di potere sotto il profilo dell'assoluto travisamento dei contenuti del bando di gara – Errata interpretazione ed applicazione del capitolato di gara – Eccesso di potere per violazione della par condicio.

- Eccesso di potere – Violazione della lex specialis per violazione del capitolato speciale ed eccesso di potere in relazione al mancato rispetto delle specifiche tecniche dell'offerta dell'aggiudicataria.

- Eccesso di potere sotto il profilo della illogicità, della irragionevolezza, del mancato rispetto della par condicio tra i concorrenti.

Nel precisare parte ricorrente come l'offerta dell'aggiudicataria contenesse due diverse offerte inerenti due diverse proposte – l'una riferita a 'macchina con bocca aspirazione posizionata dietro l'asse posteriore' per un prezzo di € 399.000, l'altra relativa a 'macchina con bocca aspirazione montata tra gli assi anteriore e posteriore' per un prezzo di € 380.000 – denuncia, sotto un primo profilo, l'intervenuta violazione della lex specialis di gara in relazione al capitolato, laddove dispone che l'offerta non debba contenere riserve o condizioni, pena la nullità dell'offerta, con la conseguenza che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Analogo provvedimento di esclusione dalla gara della società aggiudicataria avrebbe dovuto disporsi, secondo gli assunti ricorsuali, in quanto una delle due proposte contenute nell'offerta dell'aggiudicataria risulta difforme dalle caratteristiche tecniche dei macchinari oggetto della gara, per i quali è previsto il posizionamento delle bocche di aspirazione dietro l'asse posteriore, il che avrebbe dovuto comportare la nullità dell'offerta non essendo consentito, in virtù del principio di unicità dell'offerta, la possibilità di scindere le due proposte contenute in un'unica offerta.

Sotto altro profilo, denuncia parte ricorrente la non corretta compilazione della scheda tecnica allegata alla domanda di partecipazione alla gara, con conseguente preclusione per l'Amministrazione appaltante della possibilità di verificare la corrispondenza del prodotto offerto con l'oggetto dell'appalto.

Si è costituita in resistenza l'intimata Amministrazione della Difesa eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso in quanto tardivamente proposto e sostenendone nel merito, anche con successiva memoria, l'infondatezza, con richiesta di corrispondente pronuncia.

Si è costituita in giudizio anche la società controinteressata CONTROINTERESSATA S.r.l., eccependo l'inammissibilità del ricorso sia sotto il profilo della tardività, sia in quanto rivolto avverso atto non avente natura provvedimento e sostenendone nel merito, con articolate controdeduzioni e successiva memoria, l'infondatezza.

Con ordinanza n. 393-C/2009 sono stati disposti incumbenti istruttori a carico dell'Amministrazione, che vi ha dato esecuzione.

Con ordinanza n. 1844/2009 è stata fissata, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, l'udienza di discussione nel merito del ricorso ritenendo la sussistenza di apprezzabili elementi di fondatezza delle censure con esso dedotte.

Alla Pubblica Udienza del 3 giugno 2009, la causa è stata chiamata e, sentiti i difensori delle parti, trattenuta per la decisione, come da verbale.

Ai sensi dell'art. 23 bis, comma 6, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, è stato pubblicato il dispositivo della sentenza n. 186/2009.

DIRITTO

Con il ricorso in esame è proposta azione impugnatoria avverso il provvedimento – meglio indicato in epigrafe nei suoi estremi – recante la comunicazione alla società ricorrente dell'avvenuta aggiudicazione definitiva, a favore della controinteressata CONTROINTERESSATA S.r.l., della gara a procedura ristretta per l'approvvigionamento di veicoli di varia tipologia, Lotto n. 7, relativo a n. 2 spazzatrici pesanti per piste di volo.

Nella gradata elaborazione logica delle questioni inerenti la controversia in esame, il Collegio è chiamato a preliminarmente pronunciarsi sulle eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalla resistente Amministrazione e dalla società controinteressata.

Entrambe tali parti deducono, sotto un primo profilo, la tardività del ricorso nella considerazione della intervenuta aggiudicazione della gara in data 17 novembre 2008, durante la seduta pubblica della Commissione giudicatrice cui era presente un rappresentante della società ricorrente, da cui dunque deve asseritamente farsi decorrere il termine decadenziale per l'impugnazione.

L'eccezione è destituita di fondamento avuto riguardo al contenuto degli atti cui parametrare l'esame della proposta eccezione di tardività, da coordinarsi con i principi giurisprudenziali elaborati in materia.

In tale direzione, va precisato che nel corso della seduta di gara del 17 novembre 2008 è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla CONTROINTERESSATA S.r.l., mentre con il gravato provvedimento è stata data formale comunicazione alla ricorrente della intervenuta aggiudicazione definitiva a seguito della valutazione positiva dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica.

Al fine di individuare la data da cui far decorrere il termine decadenziale per l'impugnazione, va rilevato che l'aggiudicazione provvisoria, in quanto atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, non obbliga il partecipante alla gara all'immediata impugnazione, decorrendo, conseguentemente, il termine per ricorrere contro l'aggiudicazione di un pubblico contratto solo dalla piena conoscenza di quella definitiva, con la possibilità di far valere nel relativo giudizio anche i vizi propri di quella provvisoria.

Ciò coerentemente con il carattere endoprocedimentale e di mera aspettativa dell'aggiudicazione provvisoria, come tale inidonea a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non è risultata vincitrice, che rende dunque la sua impugnazione oggetto di una facoltà, ma non di un onere, essendo l'atto effettivamente lesivo quello conclusivo del procedimento, da impugnare in ogni caso (ex plurimis, da ultimo: Cons. Stato - Sez. V - 7 maggio 2008 n. 2089),

dovendo rinvenirsi la diversità dell'aggiudicazione definitiva dalla provvisoria nella competenza, forma e contenuto e nella rinnovata valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze della gara, che non rende l'aggiudicazione definitiva una mera conferma di quella provvisoria.

Ed infatti, l'aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, è soggetta ad approvazione della stazione appaltante ed il provvedimento di approvazione non costituisce un atto vincolato, poiché in esso si esprime un'ulteriore valutazione della stazione appaltante circa la regolarità nello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto, dovendo quindi essa svolgere nuove ed autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria, cosicchè l'impugnazione di questa, non consolidando la lesione in capo al concorrente non aggiudicatario, è da considerarsi una mera facoltà, mentre è sempre necessario che il concorrente non aggiudicatario impugni l'aggiudicazione definitiva, tanto che la mancata impugnazione dell'atto finale del procedimento di gara determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso rivolto contro l'aggiudicazione provvisoria, atteso che l'eventuale annullamento di quest'ultima non arrecherebbe alcun concreto vantaggio al ricorrente, il cui interesse sarebbe irrimediabilmente pregiudicato dal provvedimento sopraggiunto e non contestato (ex plurimis, da ultimo: Cons. Stato - Sez. IV – 21 aprile 2008 n. 1773).

Ai fini della decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva è, dunque, irrilevante la presenza dei rappresentanti delle imprese concorrenti alle sedute di gara in cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara, stante la sua rilevata natura di atto endoprocedimentale, come tale inidoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non è risultata vincitrice, e la cui impugnazione costituisce una mera facoltà e non già un onere, ben potendo optare per la diversa soluzione di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva.

L'aggiudicazione provvisoria non è, infatti, l'atto conclusivo del procedimento, bensì atto preparatorio che produce solo effetti prodromici, la cui impugnazione, tuttavia, comporta l'onere per l'impresa di formulare ogni contestazione avverso tale atto, non essendo la successiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva mezzo per proporre censure che già potevano essere mosse all'aggiudicazione provvisoria (Cons. Stato - Sez. VI - 4 aprile 2008 n. 1434).

Ne discende che il ricorso in esame deve essere considerato tempestivo, in quanto proposto entro i termini decadenziali decorrenti dalla conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, con refluyente infondatezza della corrispondente eccezione esaminata.

Nelle superiori considerazioni risiedono, altresì, le ragioni per procedersi alla negativa delibazione in ordine alla ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla società controinteressata ed argomentata in ragione della asserita natura non provvedimentale dell'atto avverso cui esso è rivolto, in quanto recante la mera comunicazione della conferma dell'aggiudicazione già disposta in sede di gara.

Osserva in proposito il Collegio che, se invero il provvedimento lesivo, da cui decorrono i termini per l'impugnazione, è quello di aggiudicazione definitiva, ne consegue che nelle ipotesi in cui la piena conoscenza dello stesso avvenga mediante la ricezione della comunicazione individuale di cui all'art. 79 del D.Lgs. n. 163 del 2006, è a tale comunicazione che deve farsi riferimento ai fini della proposizione dell'azione impugnatoria, posto che essa contiene gli elementi essenziali della decisione e del suo contenuto lesivo, potendo la conoscenza di ulteriori atti della procedura consentire la proposizione di eventuali motivi aggiunti.

Conseguentemente, al di là di inutili formalismi inerenti la qualificazione degli atti, è ammissibile – e doverosa - l'impugnazione del provvedimento di comunicazione

individuale della avvenuta aggiudicazione della gara, dovendo l'azione impugnatoria intendersi riferita al contenuto sostanziale della decisione di cui si dà notizia, e cioè all'aggiudicazione definitiva di cui parte ricorrente si duole, anche nella considerazione della mancata conoscenza di ulteriori e diversi provvedimenti. Peraltro, posto che il termine per ricorrere, da parte del concorrente non aggiudicatario, avverso l'esito sfavorevole di una procedura concorsuale per l'affidamento di un appalto pubblico, decorre o dalla comunicazione o dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva in quanto è da questo momento che l'interessato è posto nelle condizioni di conoscere il contenuto lesivo della decisione adottata dalla stazione appaltante, sarebbe irragionevole e contrario a qualsiasi principio ritenere inammissibile il ricorso proposto avverso siffatta comunicazione, fermo restando l'onere, se necessario, di formulare convenientemente e compiutamente i motivi di impugnazione al momento della conoscenza degli ulteriori atti della procedura.

La negativa delibazione delle eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalle controparti consente, dunque, di procedere all'esame del merito delle censure con esso sollevate.

Anticipando le conclusioni che, alla luce delle considerazioni che si andranno ad esporre, il Collegio intende trarre, il ricorso è da ritenersi fondato sotto il profilo della dedotta violazione del principio della par condicio tra i concorrenti per mancato rispetto del principio di unicità delle offerte.

Al fine di compiutamente individuare gli elementi cui parametrare la censura in esame, va precisato che la società aggiudicataria, odierna controinteressata, ha presentato un'offerta contenente due diverse proposte circa le caratteristiche dei mezzi oggetto della fornitura con due diversi prezzi, e segnatamente, una proposta riferita a 'macchina con bocca aspirazione posizionata dietro l'asse posteriore' per

un prezzo di € 399.000, ed un'altra soluzione relativa a 'macchina con bocca aspirazione montata tra gli assi anteriore e posteriore' per un prezzo di € 380.000.

Come leggesi nel verbale di gara del 17 novembre 2008, una delle due opzioni contenute nell'offerta presentata dall'aggiudicataria è stata ritenuta 'nulla, in quanto non rispondente alle condizioni tecniche previste per la fornitura e, pertanto, considerata come non apposta', procedendosi all'aggiudicazione per l'offerta riferita alla 'macchina con bocca aspirazione posizionata dietro l'asse posteriore' per un prezzo di € 399.000, ovvero per la configurazione del macchinario conforme a quanto richiesto dalla lettera di invito.

La circostanza che il confronto competitivo, nell'ambito di una gara con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, si sia svolto con riferimento alla proposta dell'aggiudicataria relativa a tipologia di macchinario conforme alle prescrizioni di gara non rende, a giudizio del Collegio e contrariamente a quanto affermato dalla controinteressata, immune la procedura dal denunciato profilo di illegittimità inerente l'intervenuta violazione del principio di unicità dell'offerta.

Vige, difatti, in materia di appalti pubblici, il citato principio della unicità dell'offerta – che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica quale contenuto della propria offerta - il quale risponde non solo alla necessità di garantire l'effettiva par condicio dei concorrenti, ma soprattutto a quella di far emergere la migliore offerta nella gara, come ben evincesi nei sistemi ad offerta economica nei quali si richiede ai concorrenti di fare la migliore offerta possibile, nel qual caso non avrebbe senso una duplice offerta da parte di un medesimo concorrente, che va dunque esclusa tanto nelle gare regolate dal criterio del prezzo più basso, quanto in quelle regolate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo la regola dell'unicità dell'offerta connaturale al concetto stesso di gara per la migliore offerta, oltre che discendere dal principio di parità dei concorrenti.

La necessità di presentare, in sede di pubbliche gare, una sola offerta con un'unica soluzione tecnica ed un unico prezzo ed il fatto che l'Amministrazione sia tenuta a valutare solo proposte così formulate risponde, da un lato, al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa e, dall'altro, all'esigenza di rispettare il principio di imparzialità, poiché la presentazione di più di un'offerta da parte di uno dei concorrenti, attribuendo allo stesso maggiori possibilità di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto attraverso la presentazione di diverse proposte, finirebbe per ledere la par condicio fra i concorrenti.

Ed invero, il principio della unicità dell'offerta – che si traduce in precise prescrizioni anche sotto il profilo delle forme soggettive di partecipazione alla gara – tende a tutelare il corretto confronto economico delle offerte garantendo la parità di condizioni tra i partecipanti, indubitabile essendo l'idoneità della presentazione di diverse proposte economiche e tecniche ad incidere sulla sostanza dell'offerta e sull'assetto di interessi relativo alla gara stessa.

La regola della unicità dell'offerta, vigente nelle gare pubbliche, oltre che discendere dal principio di parità tra i concorrenti, è connaturale al concetto stesso di gara, non potendosi quindi ammettere una duplice offerta da parte del medesimo concorrente (TAR Lazio – Roma – Sez. III – 7 luglio 2007 n. 6506; Cons. Stato – Sez. V – 7 febbraio 2002 n. 719), annoverandosi l'esigenza di chiarezza e di certezza degli elementi dell'offerta tra gli interessi di particolare rilevanza che il principio enunciato tende a tutelare.

Se quello sin qui illustrato è il quadro dei principi di riferimento cui avere riguardo ai fini di valutare la corrispondenza ad esso della fattispecie in esame, non può non rilevarsi come l'offerta presentata dalla aggiudicataria, in quanto contenente due diverse proposte o soluzioni in relazione alla tipologia di macchinario offerto con corrispondente indicazione di due distinti prezzi, debba intendersi formulata in violazione del principio di unicità dell'offerta, senza che a diversamente ritenere

possa invocarsi la circostanza che una delle due proposte sia stata giudicata nulla dalla Commissione di gara in quanto non corrispondente alle prescrizioni tecniche recate dalla lettera di invito.

Ed invero, i principi che regolano la materia dei pubblici appalti, in quanto rispondenti a superiori interessi a tutela della libera e corretta concorrenza tra gli operatori economici, da realizzarsi anche attraverso il rispetto dell'imparzialità dell'azione amministrativa e della par condicio tra i concorrenti, da coordinarsi a loro volta con i principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, impongono che il rispetto delle regole – pur prescindendo da impostazioni meramente formalistiche – sia assicurato attraverso il complessivo assetto delle regole cui conformare la gara, non potendo la loro eventuale violazione ritenersi sanata dalla circostanza che – per quanto qui di interesse - in presenza di due diverse proposte contenute nella medesima offerta, la stessa sia stata ricondotta ad unicità dalla commissione disponendo l'esclusione di una delle soluzioni proposte, risolvendosi in tale ipotesi, il rispetto della par condicio a circostanza meramente eventuale discendente dall'operato della commissione, laddove la par condicio va assicurata a monte attraverso l'esclusione della stessa possibilità di presentazione di duplici offerte o di plurime proposte nell'ambito della medesima offerta, la cui inammissibilità non può che condurre alla esclusione del concorrente che le ha formulate dalla gara.

Vanno, dunque, disattese le argomentazioni spese sul punto dalla società controinteressata, la quale afferma che la presentazione di due diverse configurazioni alternative della fornitura, oggetto della gara, avrebbe potuto avvantaggiarla nell'aumentare le sue chances di vittoria con violazione della par condicio, solo laddove la *lex specialis* avesse lasciato spazi interpretativi circa le caratteristiche tecniche dei macchinari, risolvendosi tale impostazione nell'affermazione della variabile cogenza del principio di unicità dell'offerta in

ragione della maggiore o minore puntualità delle prescrizioni recate dalla lex specialis di gara, con conseguente incertezza circa l'assetto delle regole della gara e labilità dei principi cui le relative procedure devono informarsi.

Deve, difatti, ritenersi contraria ai principi di par condicio tra i concorrenti e di imparzialità dell'azione amministrativa la possibilità, per un partecipante alla gara, di presentare offerte contenenti diverse soluzioni tecniche ed economiche, le quali vanno escluse dalla gara anche se solo una delle proposte presentate risulti conforme alle prescrizioni tecniche della lex specialis, non potendosi riportare ad unicità l'offerta contenente plurime soluzioni in ragione della conformità di una sola di esse ai requisiti richiesti dalla disciplina di gara ed alla declaratoria di nullità – come avvenuto nella fattispecie in esame – della proposta difforme dalla tipologia indicata.

Discende dalle considerazioni sin qui illustrate, stante la rilevata fondatezza della censura esaminata, l'accoglimento del ricorso sotto tale profilo, con assorbimento degli ulteriori motivi di doglianza non esaminati.

Avuto riguardo alla pronuncia di accoglimento del ricorso, come sopra delibata, deve il Collegio precisare che, essendo intervenuta in data 23 dicembre 2008 la stipula del contratto per l'appalto in questione, la portata della pronuncia di annullamento della aggiudicazione non si estende anche al contratto comportandone l'automatica caducazione, appartenendo alla giurisdizione del Giudice ordinario, e non già a quella esclusiva del Giudice amministrativo, la decisione in ordine all'accertamento - con efficacia di giudicato - della caducazione del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara, come costantemente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione Civile (da ultimo: Cass. Civ. - SS.UU – 23 aprile 2008 n. 10443) e dal giudice amministrativo che si è, da ultimo, conformato al decisum del giudice della giurisdizione (Cons. Stato - Adunanza Plenaria - 30 luglio 2008 n. 9; Sez. V –

8 settembre 2008 n. 4252; TAR Lazio – Sez. II – 7 aprile 2008 n. 2013; Sez. I – 15 gennaio 2009 n. 196).

In conclusione, il ricorso merita accoglimento per le ragioni e nei limiti dianzi illustrati, come da dispositivo n. 196/2009.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Pronunciando sul ricorso N. 1898/2009 R.G., come in epigrafe proposto, lo accoglie nel senso e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione della Difesa e la società controinteressata CONTROINTERESSATA S.r.l., ciascuna per la metà, al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di giudizio, che liquida in complessivi euro 3.000 (tremila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Elia Orciuolo, Presidente

Elena Stanizzi, Consigliere, Estensore

Roberto Proietti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO