



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 919 del 2009, proposto da:

OCE' ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Invernizzi e Massimo Falsanisi, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

REGIONE PIEMONTE, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

nei confronti di

GE NOLEGGI S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Izzo e Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE – TORINO, Sez. II, n. 3521 del 31 dicembre 2008, resa tra le parti, concernente esecuz. progetto rinnovo tecnologico attrezz. c/o Centro Stampa Reg. Piemonte;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Piemonte e di GE Noleggi S.p.A., che hanno spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati F. Vannicelli, su delega di M. Falsanisi, e R. Izzo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 358 del 19 dicembre 2007 la Regione Piemonte ha affidato a trattativa privata alla Xerox Noleggi S.p.A. l'esecuzione di un progetto di rinnovo tecnologico delle attrezzature in bianco e nero operanti presso il Centro Stampa della Regione Piemonte, comportante, in sintesi: a) la fornitura in noleggio di due nuove apparecchiature, denominate rispettivamente Xerox Nuvera 288 Digital Perfecting System (in sostituzione di quella denominata Xerox Docutech 6180 con SBM2) e Xerox Nuvera EA digital Production System (in sostituzione di quella denominata Xerox Docutech 6180); b) la fornitura di una nuova stazione Digipath 665 (con ritiro delle due stampanti digipath precedentemente utilizzate); c) l'adeguamento delle copie comprese nel canone di noleggio delle varie attrezzature per allineare le quantità realmente prodotte dal Centro Stampa, secondo la tabella allegata; d) l'introduzione di un elemento di flessibilità contrattuale che consentiva di richiedere la disinstallazione della apparecchiatura denominata Xerox Sfida 6060, alla data di scadenza del precedente

contratto (31 dicembre 2009), con conseguente riduzione del canone annuale di noleggio di €. 103.988,88 e di 1.200.000 copie/anno colore, e dell'apparecchiatura Xerox iGen 3, comprensiva del software SW Print Shop mail e del finitore Zecchini, alla data di scadenza del precedente contratto (31 dicembre 2011), con conseguente riduzione del canone di noleggio pari a €. 293.744,04 euro/anno e riduzione di 4.200.000 copie anno/colore; e) l'introduzione di un sistema di penali in caso di ritardo di intervento tecnico o di mancato ripristino delle attrezzature; f) un (nuovo) contratto di noleggio globale comprendente tutte le attrezzature indicate con decorrenza 31 dicembre 2007 e scadenza 31 dicembre 2013 al canone annuale complessivo di €. 600.000, oltre I.V.A., con la precisazione che da tale nuovo contratto non sarebbero derivati maggiori spese rispetto a quelle dei precedenti contratti in esso inglobati.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. II, con la sentenza n. 3521 del 31 dicembre 2008, nella resistenza della Regione Piemonte e delle predetta Xerox Noleggi S.p.a., (poi divenuta G.E. Noleggi S.p.A.), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ocè Italia S.p.A. per l'annullamento della predetta determinazione, per la declaratoria di nullità, invalidità e/o inefficacia del relativo contratto e per il risarcimento dei danni subiti, lo ha dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

Pur ritenendo infondate le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dall'amministrazione regionale intimata sia quanto alla asserita incapacità della ricorrente di fornire le apparecchiature di stampa occorrenti (nessuna menzione di specifiche caratteristiche tecnologiche essendo stata indicata a giustificazione del contestato affidamento diretto, né potendo in tal senso utilizzarsi le argomentazioni contenute negli atti difensivi), sia con riguardo al fatto che non si era in presenza di un incremento del numero delle apparecchiature (che solo avrebbe imposto l'espletamento di una nuova gara), ma semplicemente della mera

sostituzione di apparecchiature non più adeguate alle esigenze degli uffici, con conseguente necessità di rivolgersi all'originario fornitore), il tribunale ha osservato che l'eventuale fondatezza delle censure spiegate dalla ricorrente avrebbe determinato soltanto l'annullamento del provvedimento impugnato e la reviviscenza delle originarie condizioni contrattuali che fissavano la durata del noleggio a tutto il 31 dicembre 2011, così che non sussisteva neppure un interesse meramente strumentale allo svolgimento di una gara per l'affidamento della nuova fornitura.

3. Océ Italia S.p.A. con rituale e tempestivo atto di appello ha chiesto la riforma di tale sentenza deducendone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di una serie articolate di argomentazioni, attraverso cui ha rilevato innanzitutto che l'avvenuta estinzione dell'originario contratto di noleggio con Xerox Noleggi S.p.A. escludeva la possibilità della sua riviscenza, con conseguente attualità dell'interesse a ricorrere, ingiustamente negato, insistendo poi sulle plurime ragioni di illegittimità del ricorso alla trattativa privata e del provvedimento impugnato, già evidenziate con il ricorso introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti (ragioni già favorevolmente apprezzate dai primi giudici, sia pur implicitamente), con conseguente caducazione del nuovo contratto.

La predetta società appellante, ribadito il suo interesse all'indizione della gara, per l'ipotesi in cui ciò non potesse avvenire, ha poi avanzato domanda risarcitoria, quantificando in via principale il danno nella misura di 1/3 dell'utile di impresa realizzato da Xerox Noleggi S.p.A. per il noleggio delle apparecchiature di cui al provvedimento impugnato (sul presupposto della partecipazione di almeno tre imprese alla gara pubblica e delle consequenziali possibilità di aggiudicazione) ed in via subordinata chiedendo al giudice l'individuazione, ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dei congrui criteri per la liquidazione del danno da

perdita da chance, fermo in ogni caso il risarcimento dell'ulteriore lesione del danno curriculare per la mancata indizione della gara.

La Regione Piemonte, oltre a resistere all'avverso gravame, chiedendone il rigetto per inammissibilità e infondatezza, ha spiegato appello incidentale, espressamente condizionato all'accoglimento dell'appello principale, deducendo "erronea affermazione circa l'interesse a ricorrere in presenza di incompatibilità tecnologica dei prodotti Océ Italia S.p.A. rispetto ai prodotti oggetto della fornitura in atto (da parte di Xerox Noleggi s.p.a.) e circa la pretesa integrazione postuma della motivazione del provvedimento impugnato sul punto" (primo motivo), "Difetto di interesse per insussistenza di interesse qualificato e differenziato all'indizione di procedura selettiva all'esito dell'eventuale annullamento del provvedimento impugnato: parziale erroneità del pronunciamento in primo grado sul punto" (secondo motivo) e "Sull'erronea affermazione circa la carenza di interesse processuale in capo alla ricorrente in primo grado" (terzo motivo).

In tal modo l'amministrazione regionale ha contestato la sentenza impugnata nella parte in cui aveva respinto, a suo avviso frettolosamente e con motivazione superficiale, le eccezioni di inammissibilità del ricorso di Océ Italia S.p.A. per l'incompatibilità dei relativi prodotti con quelli forniti da Xerox Noleggi S.p.A., per l'esistenza di un valido ed efficace vincolo contrattuale con quest'ultimo che non poteva essere sic et simpliciter interrotto, non potendo poi negarsi che la mera qualifica della predetta ricorrente Océ Italia S.p.A. di impresa operante nello specifico settore economico dei macchinari fotoriproduttori non le attribuiva ex se alcuna posizione legittimante ad agire in via giurisdizionale.

Anche G.E. Noleggi S.p.A., succeduta a Xerox Noleggi S.p.A., oltre a resistere al gravame chiedendone il rigetto, ha spiegato appello incidentale, affidato ad un solo motivo di censura, rubricato "Error in iudicando per erronea valutazione delle eccezioni fatte valere in primo grado", con cui ha dedotto l'erroneità della sentenza

impugnata sia nella parte in cui, con motivazione approssimativa, aveva respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per l'incapacità della ricorrente Ocè Italia S.p.A. di offrire macchinari con le stesse caratteristiche tecniche di quelle oggetto dell'impugnato provvedimento (incapacità risultante dalle stesse prospettazioni difensive della ricorrente, a suo avviso, affannosamente ed inutilmente volte a dimostrare la non necessità della risoluzione 4800 x 600, che tuttavia costituiva qualità delle prestazioni tecniche delle apparecchiature noleggianti, qualità la cui scelta rientrava nella discrezionalità dell'amministrazione), sia nella parte in cui aveva sbrigativamente affermato che l'esistenza del precedente valido impegno contrattuale con Xerox Noleggi S.p.A. non costituiva ostacolo all'indizione di una nuova procedura di gara per il rinnovo delle apparecchiature di riproduzione in dotazione.

4. Con ordinanza n. 2032 del 21 aprile 2009 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha sospeso l'efficacia della sentenza impugnata.

5. La Regione Piemonte ha depositato in data 9 novembre 2012 documentazione concernente l'avvenuto espletamento di gara ad evidenza pubblica per il noleggio di apparecchiature varie e servizi accessori presso il Centro Stampa Regionale suddiviso in due lotti A e B (determinazione n. 55 del 6 febbraio 2012, aggiudicataria Molteco S.p.A. per il lotto A; determinazione n. 88 del 14 febbraio 2012, aggiudicataria Forgraf s.r.l. per il lotto B) e per il noleggio full service di una stampante digitale a colori sempre per il Centro Stampa Regionale (determina n. 929 del 27 settembre 2010, aggiudicataria Molteco S.p.A.).

Le parti in vista dell'udienza di discussione dell'appello hanno ritualmente depositato memorie illustrative delle proprie tesi difensive; la Regione Piemonte e G.E. Noleggi S.p.A. hanno specialmente sottolineato l'assoluta insussistenza dell'interesse a ricorrere di Ocè Italia S.p.A per non aver partecipato alle gare ad

evidenza pubbliche bandite successivamente alla scadenza degli originari contratti di noleggio in corso con Xerox Noleggi S.p.A.

Ocè Italia S.p.A. ha replicato, sostenendo che la mancata partecipazione alle nuove gare non avrebbe determinato la carenza di interesse a ricorrere, quanto piuttosto la cessazione della materia del contendere (avendo l'amministrazione l'eliminato il provvedimento impugnato in primo grado) con ogni ulteriore conseguenza sulle spese di lite.

G.E. Noleggi S.p.A. ha ulteriormente replicato, insistendo sulla sussistenza della carenza di interesse a ricorrere e negando quindi la spettanza all'appellante delle spese di lite.

5. Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Ad avviso della Sezione l'originario ricorso di Ocè Italia S.p.A. deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

6.1. Posto invero che è controversa la legittimità del provvedimento (determina dirigenziale n. 358 del 19 dicembre 2007) con cui la Regione Piemonte ha affidato a trattativa privata a Xerox Noleggi S.p.A. (poi divenuta G.E. Noleggi S.p.A.) il noleggio di due stampanti in bianco e nero (Xerox Nuvera 288 e Nuvera EA), in sostituzione di quelle pure fornite dalla stessa società (Docutech 6180), e di una nuova stazione Digipath, in sostituzione delle due in dotazione, anch'esse della Xerox, invece di procedere, come sostenuto dalla odierna appellante, ad una gara ad evidenza pubblica, non sussistendo del resto alcuno dei presupposti legittimanti la trattativa privata, deve innanzitutto ricordarsi che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo per discostarsi, le imprese operanti in un determinato settore sono legittimate ad impugnare la delibera di affidamento di un servizio a trattativa privata ovvero le determinazioni che

riguardano le modalità di conferimento e di svolgimento del servizio e ciò anche al solo fine di ottenere l'annullamento della gara e della eventuale aggiudicazione e il rinnovo della procedura cui aspirano di partecipare, non dovendo neppure documentare il possesso di una capacità operativa paragonabile a quella del soggetto prescelto, trattandosi quest'ultimo di elemento che assume rilevanza solo in sede di successiva partecipazione alla gara e di aggiudicazione (C.d.S., sez. V, 10 agosto 2010, n. 5535; 10 settembre 2009, n. 5426; 31 dicembre 2007, n. 6797; 27 ottobre 2005, n. 5996; 4 maggio 2004, n. 2696).

Non può pertanto dubitarsi dell'ammissibilità del ricorso proposto da Ocè Ialia S.p.A. e tanto meno della effettiva sussistenza dell'interesse a ricorrere, il bene della vita concretamente perseguito essendo all'evidenza l'accertamento dell'illegittimità del ricorso alla trattativa privata per carenza dei presupposti previsti dalla legge e la conseguente indizione della gara, alla quale la ricorrente intendeva partecipare; non può al riguardo condividersi la tesi dei primi giudici, ad avviso dei quali l'annullamento del provvedimento impugnato avrebbe determinato soltanto il ripristino del precedente rapporto contrattuale con Xerox Noleggio S.p.A., giacché la stessa amministrazione, una volta accertata (come si ricava dal contenuto dei suoi atti difensivi) l'inidoneità per le proprie specifiche esigenze (anche sotto il profilo della convenienza finanziaria) delle apparecchiature per le quali aveva dato vita al precedente rapporto negoziale di noleggio con Xerox Noleggio S.p.A., non avrebbe potuto che effettivamente avviare una nuova gara per la fornitura del materiale idoneo, come del resto evidenziato dagli stessi primi giudici (irrilevante per i fini della presente controversie essendo le questioni giuridiche legate alle dedotte difficoltà di recesso contrattuale).

6.2. Tuttavia non può sottacersi in punto di fatto che, intervenuta la sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, giusta ordinanza cautelare di questa sezione n. 2302 del 21 aprile 2009, l'amministrazione regionale (come si ricava dal

contenuto della memoria di G.E. Noleggi S.p.A. depositata in data 30 novembre 2012) effettivamente non ha dato ulteriore esecuzione al provvedimento impugnato (che prevedeva, come si è avuto modo di accennare, al par. 1, un nuovo rapporto contrattuale con scadenza 31 dicembre 2013), avendo poi alla scadenza degli originari contratti di noleggio delle apparecchiature, scadenti il 31 dicembre 2009 ed il 31 dicembre 2011, avviato due procedure aperte per il noleggio di nuove apparecchiature e servizi per il Centro Stampa Regionale (come si ricava dalla documentazione depositata il 9 novembre 2012), alle quali la Ocè Italia S.p.A. non ha tuttavia partecipato.

Si è in tal modo determinata una nuova situazione di fatto, essendo intervenuti nuovi provvedimenti amministrativi idonei a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco che, pur senza essere soddisfacente degli interessi del ricorrente, è comunque tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, giacché l'unico effetto utile della declaratoria di illegittimità dell'impugnata determinazione dirigenziale n. 358 del 19 dicembre 2007 era proprio l'indizione della gara per la fornitura delle nuove apparecchiature, cui la ricorrente avrebbe potuto partecipare, cosa che invece non si è verificata (ex plurimis, C.d.S., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1280; 21 aprile 2009, n. 2390; sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1413).

6.3. A ciò consegue l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a., in quanto l'interesse alla decisione deve sussistere non solo al momento della proposizione del ricorso, ma anche in epoca successiva, in base al principio che le condizioni dell'azione devono permanere sino al momento del passaggio in decisione della controversia e potendo lo stesso giudice, a mente dell'art. 84, comma 4, c.p.a. desumere dall'intervento di atti o fatti univoci dopo la proposizione del ricorso, argomenti di prova in ordine alla sopravvenuta carenza di interesse alla decisione

(C.d.S., sez. III, 8 giugno 2012, n. 3390), con conseguente impossibilità di esaminare la domanda risarcitoria.

E' appena il caso di rilevare che non può condividersi la tesi dell'appellante circa l'intervenuta cessazione della materia del contendere perché, anche a voler prescindere dal fatto che non vi è traccia dell'adozione da parte dell'amministrazione regionale di un provvedimento di ritiro o comunque incompatibile, quanto al contenuto o agli effetti, con quello impugnato, in ogni caso ciò non può conseguire all'attività posta in essere dall'amministrazione regionale in esecuzione della ricordata ordinanza cautelare (C.d.S., sez. III, 13 maggio 2011, n. 2907; sez. IV, 2 marzo 2011, n. 1364).

7. A ciò consegue anche la dichiarazione di improcedibilità dell'appello principale e di quelli incidentali spiegati dalla Regione Piemonte e da G.E. Noleggi S.p.A. per carenza di interesse.

L'esito del giudizio giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale di Ocè Italia S.p.A., nonché su quelli incidentali spiegati dalla Regione Piemonte e da G.E. Noleggi S.p.A., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. II, n. 3521 del 31 dicembre 2008, dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo del giudizio proposto da Ocè Italia S.p.A. e conseguentemente dichiara improcedibili sia l'appello principale che quelli incidentali.

Dichiara altresì integralmente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012 con
l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2013

IL SEGRETARIO

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