

N. 02734/2012REG.PROV.COLL.

N. 00400/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 400 del 2011, proposto da: XXXXXX., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. XXXXXXXXXXXXXXX, con domicilio eletto presso l'avv. XXXXXXin Roma, via XXXXXX;

contro

REGIONE LOMBARDIA, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, non costituita in giudizio;

nei confronti di

XXXXXX. – XXXXXXe XXXXXX., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, Sez. I, n. 6878 del 6 ottobre 2010, resa tra le parti, concernente APPALTO FORNITURA DI MATERIALI E ATTRZZATURE PER LA COLONNA MOBILE REGIONALE DI PROTEZIONE CIVILE;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2012 il Cons. XXXXXX e udito per l'appellante l'avvocato XXXXXX;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Regione Lombardia con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italia (V Serie Speciale n. 53 dell'8 maggio 2009) ha indetto una procedura ristretta per la fornitura di materiali e attrezzature per la colonna mobile regionale di protezione civile, suddivisa in 10 lotti, per i soli lotti 1 (veicoli pesanti, per un importo a base d'asta di €. 3.958.000,00 IVA esclusa), 3 (veicoli speciali, per un importo a base d'asta di €. 3.418.000,00), 4 (veicoli fuoristrada, per un importo a base d'asta di €. 2.971.000,00) e 10 (tensostrutture, per un importo a base d'asta di €. 383.000,00), da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei criteri indicati nel disciplinare di gara.

Relativamente al lotto 4 (veicoli fuoristrada), cui erano state ammesse a partecipare XXXXXX. di L'Aquila e XXXXXX. di Brescia, la commissione giudicatrice all'esito dell'esame degli atti contenuti nella busta dell'offerta tecnica, ha escluso dalla procedura XXXXXX., avendo rilevato in quella busta la presenza dell'offerta economica con annesso giustificazioni, con conseguente violazione dell'articolo 9 del disciplinare di gara quanto alle modalità di formulazione dell'offerta.

Il lotto è stato aggiudicato a XXXXXX.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, con la sentenza n. 6878 del 6 ottobre 2010, ha respinto il ricorso proposto da XXXXXX. per l'annullamento della sua esclusione dalla predetta gara (verbale della commissione giudicatrice del 6 ottobre 2009), dell'aggiudicazione, prima provvisoria (verbale della commissione giudicatrice del 9 ottobre 2009), e poi definitiva (decreto n. 1173 del 29 ottobre 2009 del Dirigente Contratti della Regione Lombardia) dell'appalto in favore di XXXXXX., oltre che dell'art. 13, punto 4, del disciplinare di gara (a tenore del quale si sarebbe proceduto all'esclusione dalla gara qualora l'offerta economica non fosse stata separata dalla restante documentazione), ritenendo infondato l'unico articolato motivo di censura, rubricato "Violazione e falsa applicazione dell'art. 13, punto 4) del disciplinare di gara anche in relazione ai generali principi in tema di segretezza dell'offerta e di separazione tra elementi tecnici ed economici dell'offerta stessa nonché in tema di applicazione delle clausole nello spirito del favor participationis. Eccesso di potere per contraddittorietà, sviamento di potere e disparità di trattamento; difetto di istruttoria e di motivazione; violazione del principio di proporzionalità; sviamento".

3. XXXXXX ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia per "Error in iudicando: illogicità ed insufficienza della motivazione travisamento della fattispecie in esame ed errata applicazione dei principi e delle norme di riferimento nonché della lex specialis; omessa motivazione su un punto decisivo della controversia".

A suo avviso infatti, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, la (peraltro fortuita) circostanza che nella busta contenente l'offerta tecnica fosse stato erroneamente inserita anche l'offerta economica non avrebbe potuto in alcun modo condizionare la valutazione dell'offerta tecnica, da apprezzarsi alla stregua di una griglia di criteri puntualmente predeterminati che non lasciavano alcun margine di discrezionalità alla commissione; ciò rendeva anche irragionevole ed illogica la previsione contenuta nell'art. 13, punto 4, del disciplinare di gara (censura che i primi giudici avevano inopinatamente sottovalutato e non compiutamente apprezzata).

Inoltre, sempre secondo l'appellante, l'esclusione dalla gara avrebbe potuto essere disposta solo nei confronti di chi non avesse in alcun modo presentato l'offerta economica nell'apposita busta diversa da quella contenente l'offerta tecnica e non anche nei confronti del concorrente che, pur avendo rispettato le disposizioni della lex specialis sul punto, per mero errore avesse inserito copia

dell'offerta economica anche nella busta dell'offerta tecnica, dovendo sempre privilegiarsi la più ampia partecipazione possibile alle gare di appalto.

Né la Regione Lombardia, né XXXXXX cui il gravame pure risulta ritualmente notificato, si sono costituiti in giudizio.

4. Alla pubblica udienza del 13 aprile 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è infondato.

5.1. L'articolo 9 del disciplinare di gara, rubricato "Modalità di formulazione dell'offerta", prevedeva che i soggetti interessati a partecipare alla gara avrebbero dovuto presentare: a) un'offerta tecnica, consistente in un progetto tecnico distinto per ogni singolo lotto, specificando per il lotto di riferimento le voci ivi indicate (per il lotto 4, durata di garanzia – oltre il minimo di 2 anni; rete di assistenza presente in Regione Lombardia; rete di assistenza presente in Italia; presenza di call center h24 per chiamate di assistenza; disponibilità pezzi di ricambio per tutti i beni oggetto del lotto – dichiarazione della Casa Automobilistica con assunzione dell'impegno; presenza di dispositivi di sicurezza passiva – airbag – per i posti anteriori; presenza di dispositivi di sicurezza passiva – airbag – in aggiunta a quelle per i posti anteriori); detta offerta tecnica, da redigersi in lingua italiana e sottoscritta con firma per esteso dal legale rappresentante del concorrente o da un procuratore speciale autorizzato ai sensi di legge, doveva "essere inserita (da sola) in apposita busta chiusa..."; b) un'offerta economica, per il lotto cui si intendeva partecipare, pur essa redatta in lingua italiana e sottoscritta con firma per esteso dal legale rappresentante del concorrente o da un procuratore speciale autorizzato ai sensi di legge, di validità non inferiore a 180 giorni, corredata dalle giustificazioni dei prezzi, "...inserita, unitamente alle giustificazioni di cui all'alinea che precede, in apposita busta chiusa e sigillata con ceralacca pena l'esclusione dalla gara,,"

Il successivo articolo 13, disciplinando i motivi di esclusione, stabiliva poi che si sarebbe proceduto all'esclusione della gara "...4) qualora l'offerta economica o le offerte economiche in caso di partecipazione a più lotti) non sia separata dalla restante documentazione".

5.2. Nel caso in esame, come emerge dalla lettura del I° verbale della commissione giudicatrice, l'esclusione dalla gara di XXXXXX è stata determinata dal fatto che la predetta commissione "...in fase di disanima rileva la presenza dell'offerta economica con annesse giustificazioni firmata dal Legale Rappresentante...", così che erano "...state rispettate le modalità di formulazione dell'offerta di cui all'art. 9 del Disciplinare di gara", con conseguente applicazione della disposizione di cui all'articolo 13, punto 4, del disciplinare.

Tale circostanza non è stata smentita o contestata dalla società interessata, che ne ha piuttosto postulato la sostanziale irrilevanza ai fini della possibile alterazione del corretto svolgimento della gara, sia sotto il profilo del rispetto dei principi di segretezza dell'offerta, sia sotto il profilo della par condicio dei concorrenti che, a suo avviso, non sarebbe minimamente toccati in ragione della puntuale, specifica e predeterminata griglia di valutazione delle offerte tecniche che avrebbe escluso qualsiasi margine di discrezionalità da parte della commissione giudicatrice.

5.3. Senonché le tesi sostenute dall'appellante non possono essere accolte.

5.3.1. Com'è stato ripetutamente osservato dalla giurisprudenza (C.d.S., sez. V, 21 marzo 2011, n. 1734; 23 gennaio 2007, n. 196; 11 maggio 2006, n. 2612) laddove la procedura di gara (come nell'appalto concorso ovvero nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è interdetto al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso offerta, per evitare ogni possibile influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica.

Il principio della segretezza dell'offerta economica è infatti presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale – volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata.

La delineata peculiarità del delineato bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica ne impone la tutela non solo al fine di evitarne la sua effettiva lesione, ma anche per evitare che esso sia esposto a rischio di lesione, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo.

E' in quest'ottica che deve essere apprezzata e valutata la logicità e la ragionevolezza della previsione contenuta non solo nell'articolo 9 del disciplinare di gara, quanto alle modalità di formulazione dell'offerta tecnica e del suo inserimento in busta chiusa e sigillata, ma anche nell'articolo 13, comma 4, che sanziona con l'esclusione della gara l'ipotesi in cui l'offerta economica non sia separata dalla restante documentazione.

5.3.2. Ciò precisato, la sentenza impugnata non merita censura alcuna, né nella parte in cui ha ritenuto logica e ragionevole la clausola contenuta nell'articolo 13, comma 4, del disciplinare di gara, né nella parte in cui ha ritenuta legittima la esclusione dalla gara della XXXXXX avendo la commissione giudicatrice fatto corretta applicazione della lex specialis di gara, che del resto non poteva essere impunemente disapplicata o diversamente interpretata, pena la violazione del principio della par condicio dei concorrenti.

E' infatti pacifico che l'effettiva presenza nella busta contenente l'offerta tecnica anche dell'offerta economica, con le relative giustificazioni dei prezzi, indipendentemente dalle ragioni che hanno determinato tale circostanza, ha indiscutibilmente violato il principio di segretezza delle offerte.

Né può condividersi la pur suggestiva prospettazione, secondo cui nel caso di specie anche l'eventuale conoscenza da parte della commissione giudicatrice dell'offerta economica non avrebbe in alcun modo potuto condizionare la valutazione delle offerte tecniche, stante la puntuale determinazione della griglia di valutazione che avrebbe escluso qualsiasi margine di discrezionalità da parte della predetta commissione: invero, anche a voler prescindere dalla pur decisiva osservazione che, a seguire la tesi dell'appellante, il sistema di aggiudicazione, diversamente da quanto risultante dal tenore letterale della lex specialis, non sarebbe quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma quello del prezzo più basso, è appena il caso di rilevare che la commissione giudicatrice, anche nell'ipotesi in cui l'attribuzione dei punteggi sia predeterminata in relazione a determinati presupposti o elementi, conserva in ogni caso un margine di discrezionalità, ancorché minimo, quanto meno in ordine alla corrispondenza dei presupposti di fatto o degli elementi da valutare, indicati nell'offerta, rispetto a quelli di cui alla griglia di valutazione.

Ugualmente ininfluyente ed irrilevante, ai fini della legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara, è il fatto che l'appellante abbia comunque prodotto nella apposita busta l'offerta economica, come richiesto dalla lex specialis, giacché tale circostanza non è idonea a sterilizzare la lesione del principio di segretezza dell'offerta economica realizzatasi per effetto di quanto riscontrato dalla commissione giudicatrice nel I° verbale del 6 ottobre 2009.

6. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello deve essere respinto.

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese del presente grado di giudizio, stante la mancata costituzione delle parti appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da XXXXXX., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, n. 6878 del 6 ottobre 2010, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 11/05/2012

IL SEGRETARIO

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