Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 2009, n. 5105

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 9935/2007 del 18/12/2007 , proposto dalla Provincia di T. rappresentata e difesa dagli avvocati D.D.P. e N.P., con domicilio eletto in R., presso l'avv. G. P., viale G. C. n. 14;

contro

la M. SPA in proprio e quale mandataria ATI, l'ATI – E. SRL, l'ATI – S. SRL, rappresentate e difese dagli avvocati G.D.P., G.G. e S.S., con domicilio eletto in R., presso lo studio del primo, via di G.P. n. 330;

e nei confronti di

la I.P. SPA IN PR. E NQ COMPONENTI ATI rappresentata e difesa dagli avvocati G.F. e L.M., con domicilio eletto in R., presso lo studio del secondo alla via F. C. n. 5;
la A. SPA IN PR. E NQ COMPONENTE ATI non costituitasi;
la W.I. SPA IN PR. E NQ COMPONENTE ATI non costituitasi;
la S. SRL IN PR. E NQ COMP.ATI, non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - DELLA PROVINCIA DI T. n.174/2007;
Visto l'atto di appello con i relativi allegati;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Alla pubblica udienza del 31 Marzo 2009, relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli avvocati R. per delega di D.P., D.P., L.M. e G.F.;

FATTO E DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto in parte il ricorso proposto dalla M. s.p.a. avvero gli atti relativi alla procedura aperta indetta dalla provincia di T. per l'affidamento del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo per cinque anni, procedura culminata con l'aggiudicazione in favore dell'ATI I.P. s.p.a..
La Provincia appella contestando gli argomenti posti a fondamento del decisum.
Resiste la parte originariamente ricorrente, che affida ad apposito appello incidentale la riproposizione dei motivi respinti dal Primo Giudice.
Si sono altresì costituite le parti in epigrafe specificate.
All'udienza del 31 marzo 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Con l'appello principale parte ricorrente contesta la statuizione di prime cure nella parte in cui ha accolto il motivo di ricorso teso a denunciare la violazione del principio comunitario che vieta la commistione tra i requisiti soggettivi degli offerenti ed i requisiti oggettivi delle offerte.

L'appello è infondato.

Alla stregua di una consolidata e convincente giurisprudenza, comunitaria e nazionale, costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione.

Detto canone operativo , che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, trova in definitiva il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all' offerta e all'aggiudicazione (cr., ex plurimis, Consiglio Stato, sez. V, 14 ottobre 2008 , n. 4971).

La Sezione non ignora che spesso il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore è particolarmente sottile, stante la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Tale commissione inestricabile, che rende in concreto non pertinente il principio astratto fin qui enucleato, viene tuttavia in rilievo quante volte la lex specialis valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi bensì quei profili soggettivi diretti a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata, con riferimento precipuo alle caratteristiche del personale e delle attrezzature da adibire alle prestazioni interessate dell'appalto.

Applicando dette coordinate al caso di specie risulta, tuttavia, che la lex specialis ha illegittimamente attribuito rilevanza, in sede di assegnazione del punteggio, ai requisiti soggettivi in sé considerati, ossia avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sullo specifico espletamento del servizio in parola. Infatti, nel novero dei criteri di aggiudicazione contenuti nelle "norme per la partecipazione alla gara", si attribuisce rilievo al possesso di certificazioni di qualità ed all'attività di intermediazione svolta negli ultimi tre anni, ossia ad aspetti che non attengono all'organizzazione specifica concreta bensì alle qualità soggettive astratte. Ne deriva la violazione dei canoni interpretativi ed orientativi sin qui delineati, correttamente colta dal Primo Giudice.

3. Si può ora passare all'esame dell'appello incidentale.

3.1. In disparte i profili di inammissibilità legati alla prova di

resistenza valorizzata dal Primo Giudice, la Sezione reputa non fondata, in primo luogo, la censura con la quale si ripropone la questione relativa alla dimostrazione dell'attività di intermediazione svolta nell'ultimo triennio.
Giova rammentare, in punto di fatto, che tra i criteri di aggiudicazione contenuti nelle "norme per la partecipazione alla gara", compare, con un punteggio massimo di 14, l' intermediazione dei premi assicurativi negli ultimi tre esercizi finanziari. La stazione appaltante, richiesta di delucidazioni al riguardo, pubblicava una nota di chiarimento con la quale comunicava che "dovranno essere dichiarati i premi assicurativi intermediati riferiti agli ultimi tre esercizi finanziari, per i quali i relativi bilanci siano già stati approvati.
La Sezione deve convenire con il Primo Giudice che, alla luce della genericità delle indicazioni sul punto recate dalla lex specialis, la nota di chiarimenti non risulta in contrasto con la disciplina di gara e, soprattutto, non contrasta con i canoni di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa. La decisione di ancorare l'esercizio finanziario all'approvazione del bilancio, stante l'estrapolazione dei premi intermediati dai dati di bilancio, risponde, infatti, alla non irragionevole esigenza di attribuire rilievo ad elementi desumibili da dati certi, definitivi e dimostrabili. L'amministrazione ha quindi usato, in modo non distorto il proprio potere discrezionale non dimidiato da una lex specialis potenzialmente ambigua, optando, tra le molteplici soluzioni tutte astrattamente praticabili, per quella più congruente con l'esigenza di assicurare la piena attendibilità delle indicazioni fornite in ordine ad un elemento fondamentale ai fini dell'aggiudicazione finale.
La teorica possibilità che il triennio non sia in ogni caso quello immediatamente anteriore alla data del bando, con l' eventualità di dover valutare periodi differenti in base alla data di approvazione del bilancio da parte dei singoli partecipanti, non arreca, per converso, alcun vulnus al canone di par condicio, trattandosi di criterio valevole in modo omogeneo per tutti i concorrenti. L'esigenza di certezza, in ogni caso, è stata ritenuta ragionevolmente preponderante rispetto agli inconvenienti operativi ed alle sfasature temporali denunciate dall'appellante. Si deve poi escludere che la nota di chiarimenti imponesse alle imprese partecipanti oneri tali da implicare un differimento dei termini per la presentazione delle offerte e della relativa documentazione.
3.2 Non coglie nel segno neanche l'ulteriore motivo di appello incidentale con il quale si lamenta la violazione del principio di segretezza dell'offerta, sulla scorta dell'osservazione che tutti gli elementi dell'offerta tecnica sono stati inseriti nella medesima busta, a prescindere dalla soggezione degli stessi a valutazione automatica o discrezionale.
La Sezione deve rimarcare che il principio giurisprudenziale

invocato impone l'anteposizione della valutazione dell'offerta tecnica rispetto a quella economica, non certo una scansione logico-cronologica interna dei momenti di valutazione dei singoli dati che compongono l'unitaria offerta tecnica, con conseguente allocazione degli stessi in buste distinte. Va soggiunto che, in punto di fatto, la componente discrezionale dell'offerta tecnica, afferente all'organizzazione tecnica ed alla tipologia del servizio, è stata esaminata anteriormente a quella vincolata, relativa alla certificazione di qualità ed all'intermediazione dei premi assicurativi

3.3. Quanto alla domanda risarcitoria riproposta in sede di gravame incidentale, va rilevato che la domanda di risarcimento in forma specifica è infondata in ragione della mancata dimostrazione della spettanza del bene della vita per effetto dell'infondatezza del primo motivo di appello incidentale. Si deve poi soggiungere che l'annullamento della gara implica la riedizione dell'attività amministrativa e, quindi, il ripristino della chance di aggiudicazione, con conseguente esclusione di alcun profilo di danno risarcibile in forma specifica o anche per equivalente.

4. In conclusione devono essere respinti sia l'appello principale che quello incidentale.

Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello principale e gli appelli incidentali. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 31 Marzo 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Stefano Baccarini
Cons. G.Paolo Cirillo
Cons. Filoreto D'Agostino
Cons. Aniello Cerreto
Cons. Francesco Caringella Est.

ESTENSORE IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il 28.08.2009
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
f.to Antonio Natale