Consiglio di Stato, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5386

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

DECISIONE

sui ricorsi in appello:
a) n. 10559/2005, proposto dalla G. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli Avvocati S.F. e A.P.D. ed elettivamente domiciliata presso lo studio del Prof. Avv. V.C.I., in Roma, Via D., n. 1;
b) n. 2880/2006, proposto da S. s.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocato F.M. ed elettivamente domiciliato presso lo studio del Dottor A.P., in Roma, Via C., n. 2;

CONTRO

il comune di M. di B., rappresentato e difeso dall'Avvocato L. d'A., ed elettivamente domiciliato presso lo studio del Dottor A.P., in Roma, Via C., n. 2;
E. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocato F.E.L. ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. M.C.L., in Roma, Via C., n. 271;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia,Bari, Sezione Prima, 23 novembre 2005, n. 5014.
Visti i ricorsi con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;
Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti tutti gli atti di causa;
Relatore alla pubblica udienza del 1 luglio 2008, il Consigliere Marco Lipari;
Uditi gli avv.ti D. per delega di D., d'A., P. per delega di L., e M., come da verbale di udienza;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. La sentenza impugnata ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibili e tardivi, previa riunione, i ricorsi e i connessi motivi aggiunti, proposti dalle società attuali appellanti, per l'annullamento dei provvedimenti adottati dal comune di M. di B., concernenti il disciplinare di gara, il bando di gara ed il capitolato speciale di appalto per l'affidamento alla società E. s.r.l. dei servizi di supporto alla riscossione dell'imposta comunale sugli immobili e della tassa per lo smaltimento rifiuti solidi urbani interni.
2. Le appellanti ripropongono le censure disattese dal tribunale. Il comune e la società controinteressata resistono al gravame.

DIRITTO

1. I due appelli, proposti contro la stessa sentenza, devono essere riuniti.
2. Entrambe le impugnazioni deducono l'illegittimità delle operazioni di gara, per violazione del principio di pubblicità. Gli appelli sostengono, inoltre, l'illegittimità della *lex specialis* della procedura selettiva in contestazione, nella parte in cui non impone lo svolgimento dell'attività delle operazioni valutative delle offerte e di apertura delle buste concernenti le offerte tecniche e le offerte economiche in seduta pubblica.
3. Le censure sono infondate nel merito, anche prescindendo dalla loro

inammissibilità, correlata alla mancata contestazione della pronuncia di tardività dei ricorsi di primo grado e dei connessi motivi aggiunti.
Il tribunale ha correttamente respinto i motivi, sviluppando la seguente articolata motivazione.
"*Giova premettere che la gara ora in contestazione è stata bandita dal Comune di M. di B. per l'affidamento dei "servizi di supporto alla riscossione dell'imposta comunale sugli immobili e della tassa smaltimento rifiuti solidi urbani interni", con la procedura dell'appalto concorso e col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Va puntualizzato che la categoria del servizio da appaltare era la cat. 27 e che sempre il bando di gara ed il disciplinare prevedevano espressamente che la domanda di partecipazione dovesse pervenire alla stazione appaltante in uno con offerta e richiesta documentazione, pena esclusione. L'attuale ricorrente che ha prodotto solo la domanda ed è stata quindi esclusa, obietta (qui sintetizzando) che la clausola del bando, cui la commissione di gara ha dato attuazione, sarebbe illegittima perché in violazione della disciplina prevista dagli artt.* 6 e 10 del d.lgs. 157/95 *che distingue la fase della prequalifica (qui soppressa) da quella della presentazione dell'offerta.*
La tesi non merita accoglimento. La categoria del servizio da appaltare è, come anticipato, la cat. 27 CPC, classificazione operata direttamente dal bando al punto 2) ed in ordine alla classificazione non v'è stata contestazione, se non del tutto tardivamente nella memoria depositata il 20.9.2005 in cui si afferma ed erroneamente per quanto dianzi rilevato che non sarebbe stata indicata la categoria dei servizi oggetto dell'affidamento all'esame. Prive di pregio sono poi le asserzioni contenute in essa memoria del 20 sett. 05 in cui ed apoditticamente si sostine che i servizi gestione e riscossione tributi siano da annoverare tra quelli di consulenza gestionale (cat. 865 ed 866), tra i servizi finanziari di cui alle cat. 812 ed 814 ed ancora tra quelli informatici; in ogni caso dette eccezioni risultano del tutto improponibili perché provvedono a censurare una previsione del bando ben oltre i termini di decadenza e sono contenuti – lo si ripete – non già nell'atto introduttivo che è del maggio 05 ma in una memoria del settembre. Orbene la cat. 27 ricade nell'All. 2 del d.lgs. n. 157/95 *recante, com è noto, attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi. Sovviene quindi l'art. 3 co. 2 di esso decreto per cui per gli appalti di servizi di cui all'allegato 2 .....il presente decreto si applica limitatamente ai soli art. 8 comma 3 (ndr. Comunicazioni o meno in ordine al risultato dell'appalto ed alle informazioni relative all'aggiudicazione per la tutela degli interessi commerciali delle imprese partecipanti), 20 e 21 (ndr. dettati in tema di prescrizioni tecniche, che permettono di caratterizzare obiettivamente l'opera, il materiale, la fornitura, e deroghe alle stesse). Quindi gli artt. 6 e 10 del d.lgs. sulla cui violazione la parte fonda la censura di illegittima concentrazione tra fase di prequalifica e valutazione delle offerte, non vengono qui all'evidenza, rectius non sono qui applicabili, per cui bene ha fatto la stazione appaltante a richiedere contestualmente domanda partecipativa e documentazione, con la conseguenza che la disposta esclusione della partecipante che non aveva prodotto documentazione ma solo domanda partecipativa si imponeva come atto dovuto in capo alla commissione esaminatrice in sede applicativa della lex specialis, come visto sul punto legittima. Pon mente, solo per completezza, anche osservare che giusto esame del verbali depositati in atti comunque la concentrazione di cui parla la ricorrente si è risolta in una articolazione del procedimento nel senso che la commissione (verbali*

del 16 marzo ed 8 aprile) ha prima provveduto alla verifica della documentazione amministrativa e poi (verbali successivi) alla valutazione dell'offerta tecnica.
Esame ed approfondimento merita la prima censura dell'atto di motivi aggiunti in cui si contesta la previsione di gara, poi in effetti determinatesi, disponente che l'apertura dei plichi contenenti l'offerta economica dovesse avvenire in seduta segreta e non già pubblica.
Innanzi tutto la doglianza risulta tardiva, nel senso cioè che essa doglianza doveva essere contenuta nell'atto introduttivo e non, intempestivamente, nel successivo atto di motivi aggiunti. Sotto questo profilo, infatti, già il disciplinare di gara – vedi pag. 5 – stabiliva che "l'offerta dei plichi contraddistinti dalla lettera B) – Offerta Tecnica e dalla lettera C) Offerta economica, la relativa valutazione con attribuzione del punteggio avverrà con sedute segrete da parte dell'Organo tecnico di gara". Non v'è dubbio alcuno che la S. conoscesse sin dall'inizio le regole secondo cui la procedura si sarebbe svolta, avendo la stessa interloquito proprio sul regime di pubblicità del procedimento di gara col Comune con propria nota del 27.1.05, in atti.
La censura oltre che inammissibile per tardività è comunque, a giudizio del Collegio, infondata nel merito, potendosi quindi dichiarare assorbite altre eccezioni sollevate da parte resistente, vedi mancanza di una specifica procura ad litem per l'atto di motivi aggiunti.
Premesso che nella fattispecie l'esistenza e il regolare confezionamento dei plichi con rispetto delle formalità di sigillatura e secretazione, in parole povere la regolarità estrinseca delle buste, è stato verificata nelle sedute pubbliche del 23.2. e 16.3. del 2005 (la questione è stata acclarata anche durante la discussione in Camera di Consiglio), osserva il Collegio che v'è un precedente specifico proprio di questa Sezione e cioè la sent. n. 1003 del 2005 in cui si è chiarito, anche con riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato (dec. Sez. V, 9 ott. 2002, n. 5421), che il principio della pubblicità ora invocato è applicabile alla fase della valutazione delle offerte economiche solo se la scelta sia il risultato di procedimenti automatici. Nella fattispecie che ne occupa si tratta di un appalto concorso, vale a dire di una gara cui presiedono criteri di aggiudicazione che si rapportano a valutazioni di carattere tecnico discrezionale e non già a procedimenti automatici. Il Collegio condivide il principio giurisprudenziale sopra accennato aggiungendo in diritto solo che, riscontrata la regolarità dei plichi nelle fasi preliminari pubbliche, la valutazione tecnico qualitativa dell'offerta legittimamente viene effettuata in seduta riservata al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della commissione giudicatrice. Detto principio è stato ribadito in recentissime sentenze di questa Sezione (vedi sent. n. 4086, 4089 e 4090 tutte del 2005) con richiamo a numerosa giurisprudenza conforme, cui pure si rimanda, ritenendo qui opportuno citare, tra le tante, la decisione del CdS sez. V, la n. 388/2005 nella cui narrativa si ha modo di distinguere nettamente (cosi come nella precedente decisione n. 1427/04 ed anche nella successiva n. 1077/05 sempre della V Sez. <citata quest'ultima dalla G. nel suo ricorso n. 1493/05, ma con conclusioni diverse da quelle che è dato evincere dalla parte motiva di essa pronuncia>) tra procedure di aggiudicazione automatica sulla base della disciplina di gara che tiene conto unicamente dell'aspetto economico e quelle che richiedono una valutazione tecnico – discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed

economici.
Sul 2^ motivo dell'atto di motivi aggiunti che riferisce di esclusione basata sulla mancata presentazione di cauzione provvisoria, è agevole replicare che i motivi di esclusione sono plurimi e da ricercare nella non conformità della documentazione alle prescrizioni del bando oltre che nella carenza della cauzione provvisoria. Dalla lettura del verbale del 16.3.2005 (vedi pagine 5, 6 e 7) si evince che ci sono cinque autonomi profili di irregolarità rilevati dalla stazione appaltante. Il motivo non ha consistenza in punto di fatto prima che di diritto.
In conclusione il ric. n. 866/05 va respinto.
Anche il successivo ricorso – il n. 1493/05, proposto dalla G. è infondato. Come anticipato nella parte in fatto, in questo ricorso viene mossa un'unica censura e cioè che, conformemente alle illegittime previsioni di gara, si sia proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche in seduta segreta e non pubblica. Orbene detta censura era contenuta nell'atto di motivi aggiunti riguardante il primo ricorso ed è stata già esaminata e disattesa come da narrativa che precede interessante appunto il ric. n. 866/05. Le considerazioni espresse a riguardo si abbiano qui per riportate per rigettare la stessa censura, questa volta prospettata dalla concorrente e ricorrente G. Va conseguentemente respinto anche l'atto di motivi aggiunti (dalla ricorrente si parla di memoria con motivi aggiunti) prodotto avverso l'intervenuto contratto definitivo con l'aggiudicataria, in cui si accenna a vizi già denunciati in ricorso e comunque non si prospettano vizi nuovi."
4. Gli appelli ribadiscono la tesi difensiva secondo cui il principio di pubblicità assume una portata generale. Pertanto, sarebbero illegittime le operazioni di gara svolte in seduta segreta e tale illegittimità riguarda anche le clausole del bando di concorso che non prevedono la pubblicità di tale fase.
L'assunto degli appellanti non è condivisibile.
Va premesso che, in concreto, l'amministrazione ha operato nel pieno rispetto della *lex specialis* di gara, la quale non prevedeva affatto lo svolgimento delle operazioni in seduta pubblica. Quindi, la legittimità degli atti della procedura selettiva deve essere verificata alla luce dei principi normativi inderogabili, che vincolano gli stessi contenuti dei bandi di gara.
5. Al riguardo, la Sezione deve richiamare il proprio indirizzo interpretativo (espresso, fra l'altro, dalla decisione 11 aprile 2006, n. 2370), a mente del quale, in materia di pubblicità del procedimento concorsuale per l'affidamento di appalti e concessioni:
- vi è la concorde affermazione per cui debbono svolgersi in seduta pubblica, in qualunque tipo di gara, gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti la offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa, di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica (Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2005 n. 338; 16 marzo 2005 n. 1077; Sez. VI, 9 giugno 2005 n. 3030; Sez. V, 30 agosto 2005 n. 3966);
- ferma restando la obbligatoria pubblicità della seduta in cui si procede alla verifica della integrità dei diversi plichi di cui si compone l'offerta, la giurisprudenza ha ribadito che nelle gare che necessitano di una valutazione comparativa di fattori, come nell'appalto concorso, o nel metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui si riferisce la fattispecie in esame, la valutazione dell'offerta economica possa avvenire in seduta non pubblica (Cons. St. Sez. V, 9.10.2002 n. 5421, 18.3.2004 n. 1427; 11 febbraio 2005 n. 388);
- non contrasta con tale indirizzo la norma del bando che rinvia

l'apertura delle buste recanti l'offerta economica, di cui si sia pubblicamente verificata l'integrità, alla fase della procedura in cui si svolge la valutazione della convenienza economica dell'offerta, posto che il relativo apprezzamento non ha carattere automatico, ma varia in funzione di una serie indefinita di fattori concorrenti;
- per tale ragione, è irrilevante che il prezzo offerto sia pubblicizzato in un momento anteriore alla valutazione comparativa del medesimo con gli altri aspetti dell'offerta;
6. La sentenza appellata ha pienamente rispettato tali indirizzi interpretativi e, quindi, deve essere confermata.
7. Con il proprio appello, la S. ripropone le censure, disattese dal tribunale, concernenti l'asserita illegittimità della propria esclusione dalla procedura.
Anche tale motivo di gravame, oltre che inammissibile, è infondato nel merito, come evidenziato dal tribunale.
8. L'esclusione è basata su una pluralità di motivazioni, tutte autonomamente idonee a sorreggere la determinazione adottata dalla stazione appaltante.
L'appellante, tuttavia, censura l'operato dell'amministrazione, sostenendo che essa avrebbe illegittimamente concentrato le due fasi della prequalificazione e della valutazione delle offerte, impedendo ai concorrenti di fruire del lasso di tempo necessario per presentare un'adeguata e regolare offerta.
9. La tesi non è condivisibile.
In linea di fatto, l'accelerazione della procedura disposta dall'amministrazione ha comunque permesso di tenere distinta la fase di valutazione delle candidature dei concorrenti da quella riguardante l'esame delle offerte.
In ogni caso, poi, le imprese hanno potuto contare su un termine di ben 52 giorni per presentare le proprie offerte, unitamente alla domanda di partecipazione alla gara.
10. In definitiva, quindi, l'appello deve essere respinto.
Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, *Sezione Quinta*, riunisce gli appelli e li respinge;
Condanna gli appellanti, in solido tra loro a rimborsare alle parti appellate le spese di lite, liquidandole in euro 6,000.00 (seimila) in favore del Comune di Mola e in euro 4.000.00 quattromila) in favore della società E.;
ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 1 luglio 2008, con l'intervento dei signori:
Domenico La Medica - Presidente
Filoreto D'Agostino - Consigliere
Marzio Branca - Consigliere
Marco Lipari - Consigliere Estensore
Francesco Caringella – Consigliere

L'estensore — Il Presidente
f.to Marco Lipari — f.to Domenico La Medica

Il Segretario
f.to Agatina Maria Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 28/10/2008
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
F.to Antonio Natale