

APPALTI - CRITERI DI SELEZIONE - PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS - PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO - BUONA FEDE E CORRETTEZZA - TUTELA DELLA LIBERA CONCORRENZA - INSERIMENTO DI REQUISITI TECNICO-PROFESSIONALI DELL'IMPRESA - DISCREZIONALITA' AMMINISTRATIVA - LIMITI

L'Amministrazione, al di fuori del perimetro delle disposizioni di legge, è libera di introdurre criteri anche diversi e più selettivi rispetto a quelli previsti in via generale, pur essendo vincolata all'applicazione del principio di *favor participationis*, che tutela la libera concorrenza alle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l'adozione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea, ben potendo utilizzare regole di gara che, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità in materia, garantiscano il perseguimento dell'obiettivo nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara.

Consiglio di Stato, sez. III[^], sentenza n. 1289/2024

Publicato il 08/02/2024

N. 01289/2024REG.PROV.COLL.

N. 09099/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9099 del 2023, proposto dalla Fondazione [REDACTED], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocata [REDACTED] con domicilio eletto presso il suo studio in

██████████ e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la ██████████ in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ██████████

██████████
██████████
la ██████████, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

della ██████████ in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

della ██████████ in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

la ██████████ in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia-Milano, Sezione II, 25 ottobre 2023, n. 2453, resa tra le parti e notificata il 25 ottobre 2023, che ha accolto il ricorso proposto dalla ██████████ per l'annullamento “- della Determinazione n. 3DW7OTC8U del 5 dicembre 2022 (doc.1), comunicata tramite Sintel in data 30.12.2022 (doc.2), nonché via pec in pari data, recante l'aggiudicazione della fornitura di bilance e phmetri (██████████), in favore di ██████████

- della c.d. “Relazione interna dell'ente tecnico della Fondazione” (doc.3), resa in esito all'accesso agli atti in data 12 gennaio 2023 (doc.4), quale motivazione dell'aggiudicazione; nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto tra le controparti, e per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, mediante adozione del

provvedimento di aggiudicazione della commessa in favore della ricorrente, la quale aveva presentato la migliore offerta economica.”

Visto il ricorso in appello e relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione della [REDACTED]

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° febbraio 2024 il consigliere Luca Di Raimondo e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in appello in esame, la Fondazione Human Technopole (HT) (di seguito anche solo “HT”), Istituto di ricerca scientifica di eccellenza a livello internazionale e organismo di diritto pubblico, deduce che:

- con ricorso notificato il 30 gennaio 2023, la [REDACTED] (di seguito anche “Gibertini”) ha chiesto al Tribunale amministrativo per la Lombardia l'annullamento della determinazione n. 3DW7OCT8U del 5 dicembre 2022, con cui l'Amministrazione ha disposto in favore della Ghiaroni & C. S.r.l. l'aggiudicazione della fornitura di strumentazione di misura, quali bilance analitiche, di precisione e pHmetri, finalizzata all'allestimento dei laboratori di *South Pavilion* e all'integrazione della strumentazione per le unità di servizio a supporto della ricerca (*laboratory for animal resources, Washing Sterilisation and Media preparation e Tissue processign unit*);
- il contratto di fornitura è stato stipulato il 13 marzo 2023 ed ha avuto integrale esecuzione, tranne che per l'attività di assistenza biennale delle apparecchiature fornite, che decorre dalla data della sottoscrizione dell'accordo con l'aggiudicataria;

- con sentenza 25 ottobre 2023, n. 2453, il Tar Lombardia-Milano, Sezione II, ha accolto il ricorso, disponendo la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato da HT e il subentro della ██████████ con condanna della resistente alla rifusione delle spese di lite.

2. Con appello notificato e depositato il 17 novembre 2023, ██████████ ██████████ ha impugnato la citata sentenza del Tar, chiedendone la riforma previa istanza cautelare e affidando il proprio gravame ad un unico motivo di censura, con il quale lamenta:

“Violazione e falsa applicazione dell’articolo 1, comma 2, del DL 76/00, convertito con la legge 120/20, violazione e falsa applicazione dell’articolo 30 del Codice degli Appalti (d.lvo 50/16), travisamento dei fatti, eccesso di potere giurisdizionale, falsa applicazione dell’art. 122 del CPA. Violazione del principio della domanda.”: secondo la Fondazione appellante, il Tribunale territoriale avrebbe ecceduto rispetto ai limiti della sua giurisdizione, entrando nel merito dell’azione amministrativa, ed avrebbe erroneamente valutato la richiesta di offerta trasmessa dalla stessa considerandola, contro ogni evidenza documentale, avente natura di legge di gara e quindi espressione dell’autovincolo ad assegnare la fornitura all’operatore che avrebbe offerto il prezzo più basso; in questa prospettiva, la domanda della ricorrente in prime cure, inoltre, sarebbe stata inammissibile, perché la società non avrebbe in alcun modo contestato la decisione dell’Amministrazione di considerare la sua offerta inferiore, sul piano qualitativo, a quella dell’operatore economico aggiudicatario.

3. ██████████ ha depositato atto di costituzione in giudizio il 20 novembre 2023 e memoria difensiva il 4 dicembre 2023 in vista della discussione della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 7 dicembre 2023, è stato disposto il rinvio per abbinamento dell’istanza interinale al merito.

HD ha prodotto memoria *ex* articolo 73 c.p.a. il 16 gennaio 2024, alla quale ha replicato ██████████ con memoria depositata il 19 gennaio 2024.

All'udienza pubblica del 1° febbraio 2024, la causa è passata in decisione.

4. L'appello è infondato e deve essere respinto.

La sentenza del Tar è immune da tutti i vizi denunciati e merita integrale conferma, sulla base delle considerazioni che seguono.

Secondo quanto previsto dalla delibera n. 2427067 del 15 gennaio 2020, HT ha indetto, ai sensi dell'articolo 55 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, vigente *ratione temporis*, un “*Sistema Dinamico di Acquisizione per l'affidamento della fornitura di strumentazione generica per i laboratori della Fondazione*”.

Il bando, del valore complessivo di € 4.520.000,00, individua al paragrafo II.2.2 i seguenti criteri di aggiudicazione: “*Minor prezzo- Offerta economicamente più vantaggiosa*”.

Il Disciplinare di gara rimanda alle singole lettere di invito la regolamentazione di ciascun appalto specifico e l'individuazione dei criteri per la sua aggiudicazione.

Con richiesta di offerta (RDO) RO ID 432/2022 CIG Z1338A7895, HT ha chiesto la “*migliore quotazione per i servizi di seguiti dettagliati in favore della Fondazione Human Technopolè*”.

L'articolo 3 della RDO precisa che “*l'importo a base di gara è pari ad € 39.000,00 (euro trentanovemila/00), I.V.A. esclusa*”.

L'articolo 8 stabilisce che:

- “*il Fornitore è chiamato a presentare i seguenti documenti compilati nelle parti necessarie e firmati digitalmente:*

- *DGUE;*
- *Condizioni d'Acquisto;*
- *Codice etico della Fondazione;*
- *Modulo dati bancari.*” (lettera A);

- con riguardo alla documentazione tecnica “*la proposta dovrà essere corredata delle Schede tecniche degli strumenti offerti.*” (lettera B);
- quanto alla documentazione economica, “*il fornitore sarà chiamato a presentare la propria migliore offerta relativamente al seguente importo stimato € 39.000,00 (euro trentanovemila/00) indicando per ogni prodotto il prezzo unitario dei prodotti offerti.*” (lettera C).

5. Dall'esame delle regole che la stazione appaltante si è data emerge, dunque, in rilievo che HT ha deciso - discrezionalmente e secondo una scelta non contestata in giudizio - di provvedere attraverso una gara informale, da svolgersi invitando cinque imprese, pur potendo l'Amministrazione ottenere la fornitura tramite affidamento diretto ai sensi dell'articolo 1, comma 2 decreto- legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che consentiva, anche in considerazione dell'emergenza pandemica, la semplice richiesta di un preventivo ad un operatore economico in possesso di determinati requisiti soggettivi ed oggettivi e senza alcuna proceduralizzazione. Ne discende che nel caso di specie l'aggiudicazione della fornitura doveva essere disposta con riferimento esclusivo alla migliore offerta economica, con la conseguenza che la ██████████ non aveva alcun onere e interesse a impugnare gli atti della procedura, non avendo mosso rilievi alla decisione di aggiudicare la gara informale all'operatore economico che avesse formulato migliore (vale a dire, economicamente più basata).

Per tale deve intendersi, contrariamente a quanto sostiene HT (cfr. pagina 9 dell'appello), quella che proponesse il maggior ribasso rispetto alle base d'asta, nel senso che la qualificazione di *migliore*, che conduce in sé un criterio relazionale alle altre proposte, non deve necessariamente attribuirsi all'offerta che fosse economicamente più vantaggiosa, ben potendo essere individuata in quella che

fosse semplicemente la più economica, come stabilito *ab origine* dalla stazione appaltante.

Né in direzione contraria milita la previsione della *lex specialis* che imponeva ai concorrenti di presentare offerte che rispondessero ai requisiti minimi di gara (cfr. l'articolo 8, lettere B del Disciplinare), atteso che l'unica valutazione che HT poteva e doveva svolgere consisteva nella verifica che gli operatori economici garantissero il rispetto delle caratteristiche (minime) qualitative delle apparecchiature richieste, secondo una valutazione che la stessa Amministrazione aveva operato *ex ante*.

La lettura che correttamente ha fatto il Tar della documentazione di gara risulta coerente con la possibilità che le imprese puntassero sul prezzo come unico strumento per ottenere l'affidamento, nella misura in cui, ben inteso, avessero garantito il rispetto dei requisiti di minima.

La conseguenza che ne deriva comporta che il terreno di reale confronto delle offerte sarebbe stato unicamente quello che imponeva alle ditte di indicare (e per HT di ottenere) il minor prezzo per apparecchiature di cui la stessa stazione appaltante aveva preventivamente valutato la rispondenza alle proprie esigenze.

6. D'altra parte, anche volendo analizzare la vicenda dal punto di vista meramente civilistico, la RDO si atteggia, nell'ambito della procedura di evidenza pubblica seppur informale in cui si inserisce, come una proposta di contratto che, nel rispetto del principio di buona fede, l'Amministrazione rivolge ai concorrenti.

Gli operatori economici invitati, dal canto loro, in quanto destinatari di una proposta di contratto, devono essere messi nelle condizioni, per poter inviare la loro eventuale accettazione, di avere con esattezza le indicazioni sulla natura e le caratteristiche delle apparecchiature richieste, così che sia consentito alle ditte ammesse di formulare un'offerta attenta, consapevole e tarata sulle esigenze dalla

stazione appaltante, privilegiando, nella fattispecie, la voce prezzo, su cui incidere col ribasso, al fine di ottenere l'aggiudicazione.

Da un concorrente angolo prospettico, per ottenere la fornitura, secondo la configurazione data dalla stazione appaltante alla procedura, non vi sarebbe stata ragione per le imprese partecipanti di offrire apparecchiature migliori rispetto a quelle richieste come minimali, che non sarebbero stati oggetto di valutazione, ma che avrebbero ragionevolmente comportato una richiesta economica maggiore e, dunque, un costo maggiore per la stazione appaltante.

In questa prospettiva, condivisibilmente il Tribunale territoriale ha valorizzato la contraddittorietà del comportamento assunto da HT, che ha redatto una graduatoria finale che non solo utilizza altri elementi ulteriori oltre il prezzo (cfr. la relazione tecnica dell'Amministrazione), ma conduce paradossalmente ad aggiudicare la gara informale all'impresa che ha formulato un'offerta economica più alta di quella della ██████████ (€ 25.350 offerti dalla Ghiaroni & C S.r.l., aggiudicataria, contro € 15.518,70 indicati dall'appellata), con evidente nocumento per l'interesse pubblico alla riduzione della spesa e ad ottenere la migliore offerta (economicamente valutata) e con chiara violazione dell'articolo 97 della Costituzione.

7. Né dalla documentazione versata in atti è dato evincere le ragioni tecniche che consentano (e qui viene in rilievo sotto altro aspetto il vizio denunciato dalla ricorrente dinanzi al Tar) di considerare migliore sul piano qualitativo l'offerta della prima in graduatoria, essendosi HT limitata a dichiarare con il provvedimento impugnato in prime cure di aver *“proceduto alla valutazione delle quotazioni pervenute, tenendo in considerazione i criteri indicati nella suindicata RO”*, che, come rilevato, non prevedeva l'utilizzo di altri criteri oltre quello del prezzo più basso.

Il Tar ha correttamente colto questo aspetto, avendo stabilito che *“del resto la RDO non contiene alcuna disposizione sull'attribuzione di un eventuale punteggio tecnico né indica i*

criteri per la valutazione dell'offerta tecnica, a differenza delle leggi di gara normalmente redatte in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.”

8. La giurisprudenza ha stabilito che l'Amministrazione, al di fuori del perimetro delle disposizioni di legge, è libera di introdurre criteri anche diversi e più selettivi rispetto a quelli previsti in via generale, pur essendo vincolata all'applicazione del principio di *favor participationis*, che tutela la libera concorrenza alle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l'adozione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n. 10932), ben potendo utilizzare regole di gara che, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità in materia (Consiglio di Stato, Sezione V, 20 luglio 2023, n. 7111), garantiscano il perseguimento dell'obiettivo di fornire apparecchiature nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara (sui limiti all'inserimento di requisiti tecnico-professionali dell'impresa, cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 12 luglio 2023, n. 6826; Sezione V, 8 agosto 2023, n.7649).

E tuttavia, una volta individuate le disposizioni che disciplinano la procedura, la stazione appaltante deve attenersi alle regole che essa stessa si è data, secondo il principio dell'autovincolo, atteso che risulta *“in effetti da tempo pacifica in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, A.P., 5 settembre 2005, n. 6; Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656) l'applicazione anche ai soggetti pubblici - sia nell'ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, sia nell'ambito di vere e proprie procedure di gara - dell'obbligo di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza sancito nell'art. 1337 c.c.. Occorre, cioè, evitare di ingenerare nella controparte privata affidamenti ingiustificati ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati. La buona fede e la correttezza si specificano in una serie di regole di condotta, tra le quali l'obbligo di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell'eventuale esistenza di cause ostative rispetto a detto esito”*

(per tutte, Consiglio di Stato, Sezione II 20 novembre 2020, n. 7237; sul punto, cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 25 luglio 2023, n. 7293).

La conseguenza che si provocherebbe, in caso contrario, è un serio *vulnus* al principio dell'affidamento del privato, che non è messo nelle condizioni di valutare attentamente la richiesta dell'Amministrazione e formulare la propria offerta.

9. L'appello, dunque, deve essere respinto, con conferma della sentenza del Tar anche con riguardo alla statuizione in ordine al subentro dell'appellata all'aggiudicataria, non potendo ritenersi, come sostiene HT, che sussista un impedimento alla conclusione e all'esecuzione del contratto e il rischio di “*dover pagare due volte per soddisfare la medesima esigenza*” (così pagina 13 dell'atto di appello) o che il Tar abbia ecceduto rispetto ai limiti del suo sindacato di legittimità.

Osserva, peraltro, il Collegio che il ricorso di primo grado è stato notificato il 30 gennaio 2023 e depositato il 31 gennaio successivo e, nonostante la pendenza del giudizio, l'Amministrazione ha proceduto, assumendosene la responsabilità, a sottoscrivere il contratto con la vincitrice della gara il 13 marzo 2023.

L'appellante ha poi dedotto in questa sede che la ricorrente in prime cure non avrebbe formulato la domanda di subentro e che la sentenza impugnata sarebbe erronea per mancanza di corrispondenza tra il richiesto e il pronunciato (cfr. pagina 6 della memoria del 16 gennaio 2024).

Ma anche tale contestazione è infondata.

La ████████ ha concluso l'atto introduttivo del giudizio nel seguente modo: “*In conseguenza dell'annullamento, non c'è spazio per eventuali altre scelte discrezionali da parte della Fondazione HT.*”

La graduatoria andrà redatta sulla base dei soli prezzi presentati dai concorrenti in gara, nel rispetto della lex specialis.

Da ciò scaturisce, per così dire aritmeticamente, il diritto all'aggiudicazione in capo alla ricorrente.

Ove il contratto fosse stato stipulato ed interamente eseguito (esso ha avuto inizio in esecuzione anticipata), ciò non inciderebbe sul diritto della ██████ al risarcimento in forma specifica e cioè all'assegnazione della commessa e alla stipula del contratto.

L'appalto in argomento ha ad oggetto la consegna di determinati beni (bilance di precisione e phmetri) con relativa assistenza in garanzia biennale, per cui, anche se consegnati dalla Ghiaroni, essi potranno agevolmente essere sostituiti con quelli della Gibertini.”

Risulta, pertanto, destituita di fondamento anche la doglianza relativa a quanto stabilito sul punto dal primo giudice.

10. In base a tutte le considerazioni che precedono, l'appello va respinto e la sentenza appellata va interamente confermata.

11. Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso (n.r.g. 9099/2023), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la Fondazione Human Technopole a rifondere all'appellata le spese del grado, che liquida in complessivi € 4.000,00, oltre agli oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1° febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola D'Angelo, Presidente FF

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

Pier Luigi Tomaiuoli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Luca Di Raimondo

Nicola D'Angelo

IL SEGRETARIO