

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28954-deve-essere-esclusa-la-partecipante-che-presenta-un-offerta-condizionata-non-legittimato-a-ricorrere-perch-privo-di-una-posizione-differenziata-chi-stato-legittimamente-escluso-da-una-gara-di-app>

Autore: Lazzini Sonia

Deve essere esclusa la partecipante che presenta un'offerta condizionata_ non è legittimato a ricorrere (perché privo di una posizione differenziata) chi è stato legittimamente escluso da una gara di appalto

C.St. 25.01.2010 n. 248

Deve essere esclusa la partecipante che presenta un'offerta condizionata_ non è legittimato a ricorrere (perché privo di una posizione differenziata) chi è stato legittimamente escluso da una gara di appalto.

Articolo 72 del Regio decreto 23 maggio 1924, n. 827

Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato

1. Qualunque sia la forma degli incanti, non sono ammesse le offerte per telegramma, né **le offerte condizionate** o espresse in modo indeterminato o con semplice riferimento ad altra offerta propria o di altri.

2. Quando in una offerta all'asta vi sia discordanza fra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa per l'amministrazione.

L'offerta condizionata non può costituire per la Pubblica Amministrazione offerta suscettibile di valutazione, meritando pertanto di essere esclusa dalla procedura, posto che essa non può essere ritenuta offerta attendibile, univoca e idonea a manifestare una volontà certa ed inequivoca dell'impresa di partecipazione alla gara

La Fondazione La Triennale di Milano indiceva procedura ristretta accelerata, ex art. 70, comma 11, d.lgs. n. 163/2006, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione del Coffee Design e del Caffè La Triennale, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tra i criteri di valutazione veniva prevista la qualità delle esperienze pregresse nei settori dei servizi di caffetteria, ristorazione e catering (da 0 a 40 punti), e per la qualità della proposta tecnica di gestione (da 0 a 20 punti).

2. Area BETA s.a.s., antecedentemente al termine previsto per la presentazione delle offerte, formulava una richiesta a mezzo posta elettronica al sig. Cancellato, responsabile del procedimento e membro della commissione aggiudicatrice. Il quesito aveva ad oggetto la copertura dei costi previsti per la ristrutturazione delle cucine, ed in particolare se gli stessi sarebbero stati decurtati dal canone di locazione, o se la Fondazione ne avesse già programmato la loro esecuzione.

La risposta del responsabile del procedimento, sempre a mezzo di posta elettronica, evidenziava che "dal punto di vista economico l'offerta deve far riferimento al bando di gara" e che "sta poi a voi valutare se integrare l'offerta con altro, o se chiedere come condizione se una o più opere devono essere realizzate". Area BETA, a conclusione della propria offerta tecnica, dichiarava che "l'esecuzione da parte della Vostra Spettabile Fondazione come da progetto allegato, sono per la nostra azienda condizione imprescindibile per operare all'interno della Vostra struttura".

A fronte di tale inciso, la stazione appaltante escludeva la ricorrente per aver presentato una offerta condizionata.

3. La ricorrente ha impugnato innanzi al T.a.r. Lombardia, sede di Milano, la propria esclusione, deducendo anche altri motivi volti a contestare in toto le operazioni di gara. Con motivi aggiunti ha successivamente impugnato l'aggiudicazione a favore della contro interessata ALFA s.p.a. Ha chiesto, inoltre il risarcimento, anche in forma specifica, del danno subito a causa dei provvedimenti illegittimi posti in essere dalla stazione appaltante.

4. Con la sentenza di estremi indicati i epigrafe il T.a.r. ha in parte accolto il ricorso.

Il T.a.r., in particolare, ha ritenuto illegittima l'esclusione di Area BETA s.a.s. ritenendo che la risposta del responsabile del procedimento (sopra citata) fosse tale da ingenerare in capo alla ricorrente un legittimo affidamento in merito alla possibilità di presentare offerte condizionate. La successiva esclusione della stazione appaltante avrebbe leso tale affidamento, violando, così, il principio di correttezza di cui all'art. 2 d.lgs. n. 163/2006.

Il Giudice di primo grado, inoltre, ha ritenuto fondato il motivo di ricorso volto a censurare la commissione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione. Secondo il T.a.r., la stazione appaltante, attribuendo sino a 40 punti per le “pregresse esperienze”, ha finito per attribuire rilevanza, ai fini della valutazione delle offerte, ad un requisito soggettivo del concorrente, ricollegabile a quelli menzionati nell’art. 42 d.lgs. n. 163/2006.

Il T.a.r. ha invece dichiarato inammissibile la domanda di reintegrazione in forma specifica ed ha respinto la domanda di risarcimento per equivalente per la mancata dimostrazione dell’entità del danno.

5. Avverso tale decisione hanno proposto autonomi appelli la Fondazione La Triennale di Milano, la ALFA s.p.a., e l’Area BETA s.a.s. Quest’ultima ha anche proposto appello incidentale per riproporre i motivi di ricorso non esaminati dal giudice di primo grado.

Qual è il parere dell’adito giudice di appello del Consiglio di stato?

Nel merito meritano accoglimento gli appelli proposti dalla Fondazione La Triennale e da ALFA s.p.a.. Risulta, in particolare, fondato, il motivo con il quale si contesta la sentenza di primo grado che ha annullato il provvedimento di esclusione adottato nei confronti di Area BETA s.a.s.

Area BETA è stata esclusa dalla stazione appaltante per aver presentato un’offerta condizionata.

Il Collegio ritiene che il provvedimento di esclusione sia legittimo in quanto, come già precisato in sede cautelare con l’ordinanza n. 2383/2009, che ha provvisoriamente sospeso l’efficacia esecutiva della sentenza appellata, l’offerta presentata da Area BETA risulta effettivamente condizionata, avendo la società chiaramente posto, come condizione imprescindibile per la formulazione dell’offerta, la ristrutturazione degli spazi del Caffè Design a cura e spese della Triennale.

Tale unilaterale subordinazione dell’offerta a condizioni estranee all’oggetto del procedimento determina indubbiamente una offerta condizionata, come tale vietata per principio generale in materia di appalti (cfr. art. 72 r.d. n. 827/1994) e, comunque, nella fattispecie, espressamente sanzionata a pena di esclusione dalla gara dall’art. 13 del disciplinare di gara-capitolato d’oneri.

Né, per giungere a diverse conclusioni sulla legittimità dell’esclusione, può assumere alcuna rilevanza la nota del responsabile del procedimento (sulla quale si incentra la motivazione del T.a.r.), che, sia pure non univoca nel suo tenore, potrebbe, aderendo ad una possibile interpretazione, essere letta nel senso dell’ammissibilità delle offerte condizionate.

Tale nota, infatti, in disparte la rilevanza ad altri fini dell’eventuale affidamento ingenerato, non può comunque determinare la disapplicazione di disposizioni imperative, quali quelle che vietano la presentazione di offerte condizionate. Essa, pertanto, è certamente irrilevante a fronte di una previsione di *lex specialis* (il punto 13 del capitolato d’oneri – disciplinare di gara) che espressamente prevedeva: “La presentazione di domande incomplete o parziali o subordinate costituisce motivo di esclusione del concorrente dalla successiva fase della procedura).

Sotto tale profilo risultano pertanto fondati gli appelli della Fondazione La Triennale e di ALFA, che, con analoghe argomentazioni, sostengono la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti dell’originaria ricorrente.

Tale motivo riveste, peraltro, priorità logica, perché il suo accoglimento, confermando la legittimità dell’esclusione di Area BETA, rende quest’ultima priva di legittimazione processuale, in base al consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui non è legittimato a ricorrere (perché privo di una posizione differenziata) chi è stato legittimamente escluso da una gara di appalto. Gli appelli, principale e incidentale, proposti da Area BETA s.a.s. di conseguenza diventano improcedibili per difetto di legittimazione: Area BETA non è infatti legittimata a dolersi della legittimità di una gara alla quale non poteva comunque partecipare né, ovviamente, ad avanzare pretese risarcitorie.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 248 del 25 gennaio 2010 emessa dal Consiglio di Stato

N. 00248/2010 REG.DEC.
N. 03523/2009 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3523 del 2009, proposto da:
ALFA S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco
Ferrari in Roma, via di Ripetta N.142;

contro

Area BETA S.a.s.Di C. Andrea & C., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Fattori, con domicilio eletto presso C/O
Studio Scacchi Lucilla Lenti in Roma, via Crescenzo N.19;

nei confronti di

Fondazione La Triennale di Milano, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Perli, con domicilio eletto presso Studio
Berenghi E Soci in Roma, via IV Novembre N. 149;

Sul ricorso numero di registro generale 3733 del 2009, proposto da:
Fondazione La Triennale di Milano, in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Perli, con domicilio eletto presso Studio Berenghi E Soci in Roma, via IV Novembre N. 149;

contro

Area BETA S.a.s. di C. Andrea & C., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Fattori, con domicilio eletto presso C/O Studio Scacchi Lucilla Lenti in Roma, via Crescenzo N.19;

nei confronti di

ALFA S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta N.142;

Sul ricorso numero di registro generale 3839 del 2009, proposto da: Area BETA Sas di C. Andrea & C., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Fattori, con domicilio eletto presso Lucilla Lenti C/O Studio Sacchi in Roma, via Crescenzo, 19;

contro

Fondazione La Triennale di Milano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Perli, con domicilio eletto presso Letizia Mazzarelli in Roma, via Panama 58; ALFA Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta N.142;

per la riforma

della sentenza del Tar Lombardia - Milano :sezione I n. 06154/2008, resa tra le parti, concernente GARA PER AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE SERVIZIO GESTIONE COFFEE DESIGN.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ALFA S.p.A. e di Fondazione La Triennale di Milano e di ALFA Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2009 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Ferrari, Romanelli per delega di Fattori e Perli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Fondazione La Triennale di Milano indiceva procedura ristretta accelerata, ex art. 70, comma 11, d.lgs. n 163/2006, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione del Coffee Design e del Caffè La Triennale, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tra i criteri di valutazione veniva prevista la qualità delle esperienze pregresse nei settori dei servizi di caffetteria, ristorazione e catering (da 0 a 40 punti), e per la qualità della proposta tecnica di gestione (da 0 a 20 punti).

2. Area BETA s.a.s., antecedentemente al termine previsto per la presentazione delle offerte, formulava una richiesta a mezzo posta elettronica al sig. Cancellato, responsabile del procedimento e membro della commissione aggiudicatrice. Il quesito aveva ad oggetto la copertura dei costi previsti per la ristrutturazione delle cucine, ed in particolare se gli stessi sarebbero stati decurtati dal canone di locazione, o se la Fondazione ne avesse già programmato la loro esecuzione.

La risposta del responsabile del procedimento, sempre a mezzo di posta elettronica, evidenziava che “dal punto di vista economico l'offerta deve far

riferimento al bando di gara” e che “sta poi a voi valutare se integrare l’offerta con altro, o se chiedere come condizione se una o più opere devono essere realizzate”. Area BETA, a conclusione della propria offerta tecnica, dichiarava che “l’esecuzione da parte della Vostra Spettabile Fondazione come da progetto allegato, sono per la nostra azienda condizione imprescindibile per operare all’interno della Vostra struttura”.

A fronte di tale inciso, la stazione appaltante escludeva la ricorrente per aver presentato una offerta condizionata.

3. La ricorrente ha impugnato innanzi al T.a.r. Lombardia, sede di Milano, la propria esclusione, deducendo anche altri motivi volti a contestare in toto le operazioni di gara. Con motivi aggiunti ha successivamente impugnato l’aggiudicazione a favore della contro interessata ALFA s.p.a. Ha chiesto, inoltre il risarcimento, anche in forma specifica, del danno subito a causa dei provvedimenti illegittimi posti in essere dalla stazione appaltante.

4. Con la sentenza di estremi indicati i epigrafe il T.a.r. ha in parte accolto il ricorso.

Il T.a.r., in particolare, ha ritenuto illegittima l’esclusione di Area BETA s.a.s. ritenendo che la risposta del responsabile del procedimento (sopra citata) fosse tale da ingenerare in capo alla ricorrente un legittimo affidamento in merito alla possibilità di presentare offerte condizionate. La successiva esclusione della stazione appaltante avrebbe leso tale affidamento, violando, così, il principio di correttezza di cui all’art. 2 d.lgs. n. 163/2006.

Il Giudice di primo grado, inoltre, ha ritenuto fondato il motivo di ricorso volto a censurare la commissione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione. Secondo il T.a.r., la stazione appaltante, attribuendo sino a 40 punti per le “pregresse esperienze”, ha finito per attribuire rilevanza, ai fini della

valutazione delle offerte, ad un requisito soggettivo del concorrente, ricollegabile a quelli menzionati nell'art. 42 d.lgs. n. 163/2006.

Il T.a.r. ha invece dichiarato inammissibile la domanda di reintegrazione in forma specifica ed ha respinto la domanda di risarcimento per equivalente per la mancata dimostrazione dell'entità del danno.

5. Avverso tale decisione hanno proposto autonomi appelli la Fondazione La Triennale di Milano, la ALFA s.p.a., e l'Area BETA s.a.s. Quest'ultima ha anche proposto appello incidentale per riproporre i motivi di ricorso non esaminati dal giudice di primo grado.

Alla pubblica udienza del 1 dicembre 2009 gli appelli sono passati in decisione.

6. Occorre, anzitutto, disporre la riunione dei ricorsi, stante l'evidente connessione oggettiva e soggettiva, trattandosi di appelli avverso la medesima sentenza.

7. Nel merito meritano accoglimento gli appelli proposti dalla Fondazione La Triennale e da ALFA s.p.a..

Risulta, in particolare, fondato, il motivo con il quale si contesta la sentenza di primo grado che ha annullato il provvedimento di esclusione adottato nei confronti di Area BETA s.a.s.

Area BETA è stata esclusa dalla stazione appaltante per aver presentato un'offerta condizionata.

Il Collegio ritiene che il provvedimento di esclusione sia legittimo in quanto, come già precisato in sede cautelare con l'ordinanza n. 2383/2009, che ha provvisoriamente sospeso l'efficacia esecutiva della sentenza appellata, l'offerta presentata da Area BETA risulta effettivamente condizionata, avendo la società chiaramente posto, come condizione imprescindibile per la formulazione dell'offerta, la ristrutturazione degli spazi del Caffè Design a cura e spese della Triennale.

Tale unilaterale subordinazione dell'offerta a condizioni estranee all'oggetto del procedimento determina indubbiamente una offerta condizionata, come tale vietata per principio generale in materia di appalti (cfr. art. 72 r.d. n. 827/1994) e, comunque, nella fattispecie, espressamente sanzionata a pena di esclusione dalla gara dall'art. 13 del disciplinare di gara-capitolato d'oneri.

Del resto, come questo Consiglio ha già avuto modo di precisare, l'offerta condizionata non può costituire per la Pubblica Amministrazione offerta suscettibile di valutazione, meritando pertanto di essere esclusa dalla procedura, posto che essa non può essere ritenuta offerta attendibile, univoca e idonea a manifestare una volontà certa ed inequivoca dell'impresa di partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 1991, n. 192; Cons. Stato, ez. V, 23 agosto 2004, n. 5583).

8. Né, per giungere a diverse conclusioni sulla legittimità dell'esclusione, può assumere alcuna rilevanza la nota del responsabile del procedimento (sulla quale si incentra la motivazione del T.a.r.), che, sia pure non univoca nel suo tenore, potrebbe, aderendo ad una possibile interpretazione, essere letta nel senso dell'ammissibilità delle offerte condizionate.

Tale nota, infatti, in disparte la rilevanza ad altri fini dell'eventuale affidamento ingenerato, non può comunque determinare la disapplicazione di disposizioni imperative, quali quelle che vietano la presentazione di offerte condizionate. Essa, pertanto, è certamente irrilevante a fronte di una previsione di *lex specialis* (il punto 13 del capitolato d'oneri – disciplinare di gara) che espressamente prevedeva: “La presentazione di domande incomplete o parziali o subordinate costituisce motivo di esclusione del concorrente dalla successiva fase della procedura).

9. Sotto tale profilo risultano pertanto fondati gli appelli della Fondazione La Triennale e di ALFA, che, con analoghe argomentazioni, sostengono la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti dell'originaria ricorrente.

Tale motivo riveste, peraltro, priorità logica, perché il suo accoglimento, confermando la legittimità dell'esclusione di Area BETA, rende quest'ultima priva di legittimazione processuale, in base al consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui non è legittimato a ricorrere (perché privo di una posizione differenziata) chi è stato legittimamente escluso da una gara di appalto. Gli appelli, principale e incidentale, proposti da Area BETA s.a.s. di conseguenza diventano improcedibili per difetto di legittimazione: Area BETA non è infatti legittimata a dolersi della legittimità di una gara alla quale non poteva comunque partecipare né, ovviamente, ad avanzare pretese risarcitorie.

In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, devono essere accolti gli appelli proposti dalla Fondazione La Triennale e da ALFA s.p.a. Per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso in primo grado proposto da Area BETA.

10. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio, anche in considerazione dell'incertezza generata dal tenore non univoco della citata nota del responsabile del procedimento.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, sezione sesta:

riunisce i ricorsi in epigrafe;

accoglie i ricorsi proposti da Fondazione La Triennale di Milano e da ALFA s.p.a.

respinge il ricorso proposto da Area BETA S.a.s.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Domenico Cafini, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione