

Massima: *Laddove un documento, peraltro meramente facoltativo, non ha inciso in nessun modo sulla determinazione finale di affidamento della stazione appaltante, l'ipotetica falsità del medesimo non può certo determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione.*

A ciò si aggiunga che, non avendo l'Amministrazione effettuato alcun esame del citato documento magari in contraddittorio con -OMISSIS-, non può neppure essere affermata con assoluta certezza la falsità dello stesso, ad onta di quanto sostenuto nel gravame e nei successi scritti difensivi della società istante.

T.A.R. Lombardia n. 2171 del 28/09/2023



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3243 del 2022, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giampaolo Austa e Giulio Rivellini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Valerio Albanese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso l'Avvocatura di Ateneo del -OMISSIS-in Milano, piazza Leonardo da Vinci, 32;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 255529 del 7.11.2022 con il quale il Direttore generale del -OMISSIS- ha aggiudicato la “procedura telematica di gara ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120 e s.m.i. per l'affidamento della fornitura di pc portatili e pc desktop produttore -OMISSIS-computer - edizione 2022 – CIG -OMISSIS-” alla -OMISSIS- (doc. 1);
- per quanto di ragione e ove occorrer possa, della proposta di aggiudicazione rep. n. -OMISSIS-prot. n. -OMISSIS-del 4.11.2022, ancorché non conosciuta;
- per quanto di ragione e ove occorrer possa, del “Disciplinare di gara condizioni particolari di RDO per la fornitura di pc portatili e pc desktop produttore -OMISSIS-computer - edizione 2022 – CIG -OMISSIS-”, nella parte in cui, all'art. 5.8, prevede il calcolo della soglia di anomalia e la verifica solo nel caso in cui le offerte ammesse siano pari o superiori a cinque (doc. 2);
- della nota del -OMISSIS- del 7.11.2022 a firma del RUP (doc. 3);
- della nota del -OMISSIS- del 18.11.2022 con cui il RUP ha respinto l'istanza di esclusione di -OMISSIS- dalla gara (doc. 4);
- della nota del -OMISSIS- del 25.11.2022 con cui il RUP ha respinto l'ulteriore istanza di esclusione di -OMISSIS- dalla gara (doc. 5); e di ogni ulteriore atto o provvedimento, comunque denominato e connesso ai precedenti; e per l'accertamento dell'inefficacia del Contratto eventualmente stipulato tra il -OMISSIS- e la -OMISSIS- e dei relativi ordini di fornitura eventualmente intervenuti, manifestando sin d'ora la disponibilità al subentro nel contratto e negli ordini di fornitura; del diritto della Ricorrente di ottenere, previa esclusione dalla gara dell'Aggiudicataria, l'aggiudicazione dell'appalto e la sottoscrizione del

contratto di appalto; in subordine, del diritto al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti e subendi come conseguenza dell'illegittima aggiudicazione e/o esecuzione, nella misura che verrà determinata in corso di causa o, in ulteriore subordine, da determinarsi anche in via equitativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2023 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il -OMISSIS- indicava una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 1 comma 2 lettera B) del decreto legge (DL) n. 76/2020 convertito con legge n. 120 del 2020 e successive modifiche, per l'acquisizione di personal computer (PC) portatili e di desktop.

La procedura era svolta tramite "richiesta di offerta" (RDO) nell'ambito del mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA).

Il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso ai sensi dell'art. 95 comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o, di seguito, anche solo "codice").

Al termine della procedura, nell'ambito della quale erano presentate tre offerte, si collocava prima in graduatoria -OMISSIS- Srl ed al secondo posto la società -OMISSIS- Spa (di seguito anche solo "-OMISSIS-").

Quest'ultima proponeva di conseguenza il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio il Politecnico, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito all'udienza in camera di consiglio del 10.1.2023 l'istanza cautelare era respinta con ordinanza della Sezione n. -OMISSIS-.

La pronuncia di prime cure era impugnata ed il Consiglio di Stato, con ordinanza della Sezione VII n. -OMISSIS-, respingeva l'appello cautelare.

Alla successiva pubblica udienza del 19.9.2023 davanti al TAR Lombardia, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 Nel primo mezzo di gravame l'esponente lamenta la violazione dell'art. 80 comma 5 lettera f-*bis*) del codice in quanto – a suo dire – l'aggiudicataria - OMISSIS- avrebbe reso una falsa dichiarazione che avrebbe determinato l'aggiudicazione dell'appalto.

La lettera f-*bis*) citata, come noto, impone l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che presenta *«documentazione o dichiarazioni non veritiere»*.

Ai fini dell'esatta comprensione della doglianza, che appare in ogni caso infondata, occorre evidenziare quanto segue.

Il criterio di aggiudicazione della presente gara è quello del prezzo più basso (cfr. il disciplinare di gara, doc. 2 della ricorrente e doc. 1 del resistente, pag. 7).

L'art. 5 del disciplinare elenca una serie di documenti da presentare a pena di esclusione ed altri invece meramente opzionali; fra questi ultimi sono espressamente indicati i "Giustificativi per la congruità delle offerte" (cfr. ancora i citati documenti n. 2 e n. 1, pag. 4).

La ragione del carattere non obbligatorio di tali documenti è comprensibile alla luce dell'art. 5.8 del disciplinare (cfr. pag. 7 di quest'ultimo), che prevede la verifica di congruità dell'offerta economica soltanto nel caso di offerte ammesse pari o superiori a cinque.

Lo stesso art. 5.8 richiede la fornitura dei giustificativi dell'offerta già in sede di gara per ragioni di speditezza procedimentale (la norma del disciplinare parla di "economicità e tempestività della procedura" oltre che di necessaria "celerità" della medesima), pur specificando che la documentazione "non verrà valutata in sede di apertura delle offerte economiche" ma sarà oggetto di esame soltanto in caso di verifica di eventuale anomalia dell'offerta.

La presentazione dei giustificativi unitamente all'offerta è però meramente facoltativa, tanto è vero che sempre il citato art. 5.8 stabilisce che se la documentazione non fosse caricata a sistema, la stazione appaltante chiederà spiegazioni nel rispetto dell'art. 97 comma 5 del codice.

In conclusione, la verifica di congruità dell'offerta è meramente eventuale, sicché l'esame della documentazione giustificativa della congruità è anch'essa eventuale, il che spiega perché tali documenti non devono essere depositati a pena di esclusione al momento della partecipazione alla procedura.

Orbene, la società -OMISSIS- ha comunque prodotto tali documenti giustificativi della congruità del prezzo offerto e fra essi ve ne è uno che la società esponente reputa falso.

Si tratta (cfr. il doc. 9 della ricorrente) di una dichiarazione della stessa -OMISSIS- dove il rappresentante della medesima indica lo sconto praticato in sede di gara (26,60%) e quello che la società -OMISSIS- riserverebbe alla -OMISSIS- (28,00%).

Secondo -OMISSIS- la società aggiudicataria non sarebbe partner con -OMISSIS- e non potrebbe quindi ottenere da quest'ultima lo sconto indicato.

Sul punto occorre premettere – la circostanza è peraltro pacifica in fatto – che nella presente procedura negoziata l'Amministrazione non ha effettuato alcuna verifica di congruità o di anomalia delle offerte (l'omessa verifica è peraltro oggetto di contestazione con i motivi n. 4 e n. 5 di ricorso, che saranno in seguito esaminati).

In mancanza di tale verifica, il -OMISSIS- non ha esaminato il documento reputato falso, al pari del resto di tutti i documenti di -OMISSIS- giustificativi della congruità della sua offerta.

In altri termini tali documenti non hanno influito in alcun modo sulla decisione di affidamento del contratto, che è stata effettuata tenendo in considerazione soltanto il prezzo più basso proposto dall'attuale controinteressata (cfr. il doc. 7 della ricorrente ed il doc. 6 del resistente).

Laddove un documento, peraltro meramente facoltativo, non ha inciso in nessun modo sulla determinazione finale di affidamento della stazione appaltante, l'ipotetica falsità del medesimo non può certo determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione.

A ciò si aggiunga che, non avendo l'Amministrazione effettuato alcun esame del citato documento magari in contraddittorio con -OMISSIS-, non può neppure essere affermata con assoluta certezza la falsità dello stesso, ad onta di quanto sostenuto nel gravame e nei successi scritti difensivi della società istante.

Tali conclusioni sono state fatte proprie, seppure in sede cautelare, dal Consiglio di Stato nella sua ordinanza n. -OMISSIS-, dove è chiaramente affermato che nell'offerta dell'aggiudicataria non si ravvisa "alcuna falsità idonea ad incidere sulla valutazione dell'offerta effettuata dalla stazione appaltante".

Pare inoltre al Collegio che quanto sopra esposto sia rispettoso dei principi fondamentali della contrattualistica pubblica previsti dal vigente D.Lgs. n. 36/2023, ancorché la gara di cui è causa sia regolata dal D.Lgs. n. 50/2016; in particolare si tratta dei principi del risultato e della fiducia di cui agli articoli 1 e 2 del nuovo codice dei contratti pubblici.

In definitiva, il primo mezzo di gravame deve rigettarsi.

1.2 Il secondo (II) ed il terzo (III) motivo di ricorso possono essere trattati congiuntamente.

Negli stessi l'esponente lamenta ancora la violazione dell'art. 80 comma 5 del codice sotto vari profili, con riguardo alle ipotesi di esclusione dalla gara di cui alle lettere c-*bis*) e f-*bis*) del medesimo comma 5.

Le censure ivi esposte, ancorché molto articolate ed analitiche, non sono suscettibili di accoglimento, considerato quanto già sopra riferito al punto 1.1 della presente narrativa, che qui si richiama per ragioni di economia espositiva.

Non essendovi, infatti, alcun documento o dichiarazione falsa che abbiano determinato l'aggiudicazione a favore di -OMISSIS-, non si ravvisa alcuna inosservanza dell'art. 80 comma 5 del codice.

In conclusione, anche il secondo ed il terzo mezzo di gravame devono rigettarsi.

1.3 Il quarto (IV) ed il quinto (V) motivo possono essere anch'essi trattati congiuntamente, vista la loro omogeneità.

Negli stessi la società istante denuncia sotto vari profili l'asserita violazione dell'art. 97 del codice, per non avere il -OMISSIS-effettuato alcuna verifica di congruità o di anomalia dell'offerta di -OMISSIS-.

Anche tali doglianze non sono suscettibili di favorevole delibazione.

L'art. 5.8 del disciplinare di gara vieta l'esclusione automatica delle offerte anomale qualora il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque.

Lo stesso articolo prevede la verifica di congruità obbligatoria sempre in caso di offerte ammesse pari o superiori a cinque e tale condizione, come già più volte ricordato, non si è realizzata nella presente procedura negoziata.

Nel caso di specie non si ravvisa quindi alcun obbligo di effettuare la verifica di anomalia; tuttavia l'esponente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere ad una verifica facoltativa – prevista in via generale dall'art. 97 comma 6 ultimo periodo del codice – in presenza di elementi specifici di anomalia.

Sul punto è necessario evidenziare che, secondo un pacifico indirizzo giurisprudenziale condiviso dalla Sezione, la scelta di procedere ad una verifica

facoltativa di anomalia costituisce manifestazione di discrezionalità dell'Amministrazione, censurabile davanti al giudice amministrativo soltanto in caso di evidenti errori o di palese illogicità (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, Sezione VII, sentenza n. 9280/2022 e TAR Lombardia, Milano, Sezione IV, sentenza n. 650/2018).

Dalla lettura dei documenti versati in giudizio non si desume l'esistenza di elementi specifici tali da rendere palesemente erronea la decisione del -OMISSIS-di non procedere ad una verifica facoltativa di anomalia.

Infatti, il ribasso offerto dell'aggiudicataria è del 26,60%, a fronte del ribasso del 23,01% della ricorrente (si veda ancora il doc. 7 di quest'ultima e pag. 3 del ricorso) e non si tratta certo di una differenza tale da far sorgere un ragionevole dubbio sulla congruità del prezzo proposto dall'affidataria.

Inoltre, il ribasso offerto da -OMISSIS- appare in linea con quelli delle precedenti procedure di aggiudicazione per gli anni 2019, 2020 e 2021, per le quali gli sconti dell'impresa vincitrice sono stati rispettivamente del 23,72%, del 25,11% e del 26,61% (cfr. i documenti dal n. 2 al n. 4 del resistente) e non sono emersi problemi in sede di esecuzione del contratto.

Neppure potrebbe sostenersi, come vorrebbe l'esponente, che l'Amministrazione avrebbe dovuto effettuare comunque la verifica essendo stati presentati i giustificativi di congruità dell'offerta.

Il deposito di questi ultimi, come già ricordato al punto 1.1 della presente narrativa, obbedisce soltanto ad esigenze di speditezza dell'azione amministrativa ma non può interpretarsi come un obbligo di procedere alla verifica in ogni caso; si tratterebbe, infatti, di una soluzione in contrasto con le note esigenze di efficienza, di efficacia e di tempestività della condotta dell'Amministrazione in materia di contratti pubblici (si veda ancora il fondamentale principio del "risultato" di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 36/2023).

In conclusione, devono rigettarsi anche i motivi n. 4 e n. 5 e quindi l'intero ricorso in epigrafe in ogni sua domanda.

2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore del solo -OMISSIS-, mentre non occorre provvedere per l'altra parte evocata in giudizio ma non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente -OMISSIS- Spa al pagamento a favore del -OMISSIS- delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge (spese generali nella misura del 15% ed oneri riflessi, cfr. Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza n. 3592/2023).

Nulla per il resto.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente e quella controinteressata.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giovanni Zucchini

Maria Ada Russo