



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6287 del 2012, proposto dalla società Qui! Group S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Anastasio Pugliese, Luigi Cocchi e Silvio Quaglia, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via G. Giacomo Porro n. 26;

contro

Regione Lombardia, in persona del presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Piera Pujatti e Sabrina Gallonetto, con domicilio eletto presso l'avvocato Emanuela Quici, studio Molè e Associati, in Roma, via Nicolò Porpora n. 6;

nei confronti di

Edenred Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Satta e Anna Romano, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Foro Traiano n.1/A;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Lombardia – Milano - Sezione I, n. 1837 del 28 giugno 2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della regione Lombardia e di Edenred Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dall'appellante (in data 25 gennaio e 1 febbraio 2013), dall'amministrazione (in data 21 settembre 2012, 25 gennaio 2013 e 1 febbraio 2013) nonché dalla società Edenred Italia S.r.l. (in data 22 settembre 2012, 26 gennaio e 1 febbraio 2013);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2013 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Quaglia, Molè su delega dell'avvocato Pujatti e Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dagli atti della gara di appalto per l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione dei titoli di assegnazione della "dote scuola" per gli anni scolastici 2011/2012 e 2012/2013 – da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa -

indetta dalla regione Lombardia con bando spedito per la pubblicazione in data 1 marzo 2011.

1.1. La gara è stata aggiudicata in via definitiva alla Edenred Italia S.r.l. (in prosieguo Edenred) che ha conseguito complessivi punti 79,38 di cui 24,38 per l'offerta economica e 55 per l'offerta tecnica; al secondo posto si è classificata la società Qui! Group S.p.a. (in prosieguo ditta Qui) che ha totalizzato complessivi punti 70, di cui 30 per l'offerta economica e 40 per l'offerta tecnica (cfr. decreto n. 5437 del 16 giugno 2011 e relativi verbali).

Il contratto è stato stipulato in data 8 settembre 2011.

1.2. La legge di gara (bando e disciplinare) e tutti gli atti successivi (inclusi i verbali della Commissione incaricata della valutazione delle offerte), sono stati impugnati dalla ditta Qui, in via principale e derivata, mediante proposizione davanti al T.a.r. per la Lombardia di ricorso principale e atto di motivi aggiunti (quest'ultimo notificato esclusivamente allo scopo di estendere l'impugnativa al contratto intervenuto nelle more del giudizio ed in relazione al quale è stata chiesta declaratoria di inefficacia ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, 122 e 124 c.p.a.).

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Lombardia – Milano - Sezione I, n. 1837 del 28 giugno 2012 -:

a) ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso (pagina 11, tale capo non è stato impugnato dalle intimato con appello incidentale ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

b) ha ritenuto sussistente la legittimazione e l'interesse ad agire della società Qui (pagine 11 – 12, anche tale capo non è stato impugnato);

c) ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omesso superamento della prova di resistenza (pagina 23, anche tale capo non è stato impugnato);

d) dopo aver diffusamente analizzato la complessità e la peculiarità delle prestazioni caratterizzanti il servizio messo a gara, ha respinto il secondo complesso motivo di ricorso a mezzo del quale sono stati contestati i criteri che la legge di gara ha utilizzato per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (pagine 12 – 23) e conseguentemente ha respinto anche il terzo motivo, incentrato sulla invalidità derivata dei verbali della commissione giudicatrice e della graduatoria finale (pagina 23);

e) ha respinto con dovizia di argomenti il quarto motivo facendo anche applicazione - in relazione alla censura imperniata sull'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata - dell'art. 12, d.l. n. 52 del 2012 convertito con modificazioni dalla l. n. 94 del 2012;

f) ha respinto il quinto motivo, incentrato sulla invalidità derivata del provvedimento di aggiudicazione e sull'inefficacia del contratto, nonché la domanda di risarcimento del danno (pagina 26);

g) ha condannato la società Qui alla refusione delle spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la ditta Qui ha interposto appello, reiterando criticamente tutti i motivi sollevati nel ricorso di primo grado e sviluppando, altresì, nuove censure.

4. Si sono costituiti per resistere la regione Lombardia e la ditta Edenred, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

5. Previo scambio fra le parti di numerose e lunghe memorie difensive e note di replica, la causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 12 febbraio 2013.

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

7. Preliminarmente il collegio rileva che:

a) può prescindere dall'esame dell'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata dalla difesa regionale (pagina 2 della memoria depositata il 25 gennaio 2013) in quanto il ricorso deve essere respinto;

b) non sono esaminabili le eccezioni pregiudiziali sollevate dalle parti intimato in primo grado, respinte dall'impugnata sentenza e riproposte con semplice memoria;

c) essendo riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado, per ragioni di comodità espositiva, prende in esame direttamente i motivi a sostegno del ricorso principale in primo grado, non potendosi del resto tener conto dei profili nuovi sollevati in appello in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 104, co.1, c.p.a., ed al valore puramente illustrativo delle memorie conclusionali (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640; ad. plen., 19 dicembre 1983, n. 26, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co.1, 88, co. 2, lett. d), e 120 co. 10, c.p.a.).

8. Con il primo complesso motivo dell'originario ricorso articolato davanti al T.a.r. (rubricato sub n. 2, pagine 10 – 31), reiterato con l'aggiunta di profili nuovi nel primo e nel secondo motivo di appello (pagine 4 – 22), la ditta Qui ha contestato la legge di gara (in particolare artt. IV.2.1 del bando e 7 del disciplinare) nella parte in cui, nella predisposizione dei criteri per selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa:

a) non ha rispettato i principi del Trattato istitutivo dell'UE (quali risultanti anche dal Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici (COM 2011/15), dalle delibere dell'Autorità di vigilanza di settore, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato), nonché il 2° e 46° considerando della direttiva 2004/18/CE, in relazione all'obiettivo della massima concorrenza fra le imprese, della trasparenza, non discriminatorietà e parità di trattamento fra i concorrenti;

b) non ha considerato adeguatamente che il servizio messo a gara, per la sua semplicità, è riconducibile a quelli ordinari elencati nell'Allegato II A al codice dei contratti pubblici;

c) non ha dato il giusto peso all'elemento del prezzo, allo sconto incondizionato verso la rete commerciale, alla rete degli esercizi da convenzionare;

d) ha assegnato all'offerta economica solo 30 punti su 100 di cui 15 riferibili al corrispettivo per la gestione del servizio e altri 15 relativi all'aggio (individuando per giunta illegittimamente un minimo e un massimo dal 2,5% al 4,5%), da applicare alla rete commerciale presso la quale utilizzare i *voucher* sociali integranti la c.d. dote scuola;

e) ha utilizzato una formula matematica che ha depresso ulteriormente il peso dell'elemento economico in generale ed in particolare per quanto riguarda il punteggio inerente il corrispettivo, tanto da aver indotto le due concorrenti ad offrire l'identico prezzo minimo pari ad euro 0,01, con il conseguente appiattimento del punteggio per tale elemento;

f) ha indicato in modo assolutamente generico i criteri attributivi del punteggio per l'offerta tecnica, dettando criteri ritagliati sull'unica impresa munita di specifica esperienza nel settore (specie in relazione al criterio della "progettazione ed organizzazione del servizio", a quello della "diffusione capillare della rete di erogatori dei servizi" nonché a quello della "organizzazione aziendale").

8.1. Tutte le censure in esame sono inammissibili e infondate e devono essere globalmente respinte.

8.1.1. Circa l'ambito della discrezionalità esercitabile dalla stazione appaltante nell'individuare i criteri e sub criteri (con i relativi punteggi) indispensabili per selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa, la natura delle posizioni soggettive coinvolte e il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo su tali scelte nell'ambito del quadro ordinamentale e processuale nazionale, il collegio non intende decampare dai consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., sez. V, 27 giugno 2012, n. 3781; sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640; sez. V, 1 marzo 2012, n. 1195; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 175; Cons. St., sez. III, 22 novembre 2011, n. 6146; sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5583, sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2795, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co. 1, 88, co. 2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.), in forza dei quali:

a) nelle gare pubbliche la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'amministrazione con ampia discrezionalità e di conseguenza la stazione appaltante dispone di ampi margini nella determinazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più

vantaggiosa nonché nella individuazione delle formule matematiche;

b) nella scelta dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono connaturati i seguenti limiti:

I) i criteri devono essere coerenti, con le prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto e essere pertinenti alla natura, all'oggetto e al contenuto del contratto;

II) in base all'art. 83, co. 1, d.lgs. 163/2006, il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa impone alla stazione appaltante di determinare nella legge di gara i criteri di valutazione dell'offerta «pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto»;

III) una volta optato per un determinato sistema (quale l'offerta economicamente più vantaggiosa) il quale riconosce adeguato rilievo alla componente-prezzo nell'ambito della dinamica complessiva dell'offerta, è poi illegittimo l'operato dell'amministrazione la quale fissi regole di gara tali da annullare il rilievo dell'offerta economica nell'economia complessiva dei fattori idonei a determinare l'aggiudicazione;

b) le posizioni soggettive delle imprese coinvolte nella procedura sono pacificamente qualificabili in termini di interesse legittimo ed è altrettanto assodato che le relative controversie non rientrano nel novero delle tassative ed eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito sancite oggi dall'art. 134 c.p.a. (cfr., sotto l'egida della precedente normativa, identica in parte qua, Cons. St., ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1);

c) il sindacato giurisdizionale nei confronti di tali scelte, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, è consentito unicamente in casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità; premesso che a seguito della storica decisione di questo Consiglio (cfr. sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601), è pacifico che il controllo sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione possa svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni compiute da quest'ultima, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, è necessario precisare che tale riscontro esigibile dal giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali deve essere svolto *extrinsecus*, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'amministrazione; la sostituzione, da parte del giudice amministrativo, della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'amministrazione costituisce ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto; in base al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro ordinamento costituzionale, solo l'amministrazione è in grado di apprezzare, in via immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure, conseguentemente, il sindacato sulla motivazione delle valutazioni discrezionali:

I) deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti;

II) non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa;

III) deve tenere distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi.

8.1.2. Facendo applicazione dei suesposti principi alla vicenda per cui è causa, sulla scorta delle risultanze documentali in atti, il collegio osserva, in estrema sintesi (a mente dell'art. 120, co. 10, c.p.a.) quanto segue:

a) le scelte della stazione appaltante non si manifestano abnormi specie se vagliate alla luce della natura e dello scopo del servizio richiesto; contrariamente a quanto affermato dall'appellante tale servizio presenta elementi di forte innovatività rispetto alla semplice erogazione di sovvenzioni pecuniarie, ha natura complessa e richiede

prestazioni contrattuali estremamente composite e di particolare delicatezza sociale, perché:

I) è posto a protezione del diritto allo studio di soggetti di età ed esigenze fortemente variabile (da 6 a 21 anni);

II) coinvolge scuole statali e paritarie;

III) prevede contributi specifici per premiare il merito, sostenere studenti disabili, aiutare famiglie a basso reddito;

IV) mira a coinvolgere il più alto numero possibile di operatori commerciali (della più variegata natura in considerazione della vasta tipologia di beni e servizi richiesti), chiamati in concreto ad accettare i *voucher* fornendo ai beneficiari utilità della massima qualità ad un prezzo serio e verificabile;

IV) richiede la realizzazione e gestione di titoli di accesso, monitoraggio, rendicontazione dei risultati in forma cartacea, elettronica e con servizi *on line*;

b) la ricorrente punta, nella sostanza, a modellare i criteri di scelta delle offerte sulla base delle proprie caratteristiche finanziarie ed imprenditoriali sollecitando il giudice amministrativo a decampare dai limiti della sua giurisdizione per seguire valutazioni opinabili;

c) non vi è stato alcun azzeramento o appiattimento dell'elemento prezzo che deve essere valutato nella sua globalità ed in relazione alle finalità complessive dell'istituto della c.d. dote scuola;

d) non si configura alcun contrasto sostanziale fra le scelte della stazione appaltante e le risposte fornite dalla Commissione europea e dall'Autorità di vigilanza (quest'ultima intervenuta per altro successivamente all'aggiudicazione definitiva), che non hanno portato a misure sanzionatorie o ripristinatorie nei confronti della regione Lombardia, ma si sono esaurite, sul piano sostanziale, in valutazioni formulate in forma dubitativa e con riferimento alle conoscenze allo stato acquisite;

e) non è stata dimostrata alcuna discriminazione o limitazione reale all'accesso alla gara nonché alla possibilità di formulare proposte economiche basate su scelte di rischio individuali;

f) è pacifico che la stazione appaltante ha considerato l'appalto rientrante fra quelli di cui all'Allegato II A valorizzando gli aspetti di socialità in coerenza con gli obiettivi di politica di *welfare* scolastico perseguiti dalla regione;

g) non corrisponde al vero che i criteri inerenti l'offerta tecnica siano generici o peggio modellati sull'esigenza di favorire una precisa impresa del settore;

h) la capillarità della rete commerciale, a seguito di preciso chiarimento reso dalla stazione appaltante, non è stata considerata in sede di valutazione delle offerte tecniche.

9. Con il terzo complesso motivo del ricorso di primo grado (rubricato sub n. 4, pagine 31 – 33) la ditta Qui ha introdotto due autonome doglianze: la prima incentrata sulla violazione dell'obbligo di menzionare le specifiche cautele prese dal seggio di gara per la custodia dei plichi (in particolare quelli recanti l'offerta tecnica); la seconda volta a evidenziare la violazione del principio di necessaria pubblicità della seduta di gara in cui si aprono le buste contenenti le offerte tecniche; nella specie si lamenta che la busta relativa all'offerta tecnica sarebbe stata aperta nel corso della seduta riservata del 10 maggio 2011; si deduce sotto tale angolazione l'illegittimità dell'art. 8 del disciplinare se inteso nel senso di aver previsto l'apertura delle buste in seduta riservata.

Tali censure devono essere esaminate congiuntamente al terzo motivo di appello (pagine 23 – 29), che ha reiterato criticamente l'originario terzo motivo del ricorso di primo grado, contestando altresì l'interpretazione che dell'art. 12, d.l. n. 52 del 2012 cit. ha fatto l'impugnata sentenza; si critica la contrarietà della sentenza con i principi elaborati dalle decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 28 luglio 2011 e n. 31 del 31 luglio 2012; si sostiene (cfr. in particolare la memoria difensiva depositata in data 1 febbraio 2012, pagine 18 – 22), che quest'ultima pronuncia (unitamente a sezione V, 7 gennaio 2013, n. 8), resa successivamente all'entrata in vigore dell'art. 12 cit., consapevolmente non avrebbe fatto applicazione della norma divisata dall'art. 12 cit.,

annullando verbali di gara relativi a sedute riservate – antecedenti al 9 maggio 2012 - nel corso delle quali erano state aperte buste contenenti le offerte tecniche; in subordine, da un lato, si eccipisce la disapplicazione della norma per contrasto con il diritto comunitario, dall'altro, si solleva questione di legittimità costituzionale in relazione ai principi di eguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.ed all'art. 117, co. 1, Cost. in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare pagine 20 – 22 della memoria di replica depositata in data 1 febbraio 2013).

9.1. I motivi sono tutti destituiti di fondamento.

Conviene esaminare separatamente le due questioni principiando da quella concernente la violazione dell'obbligo di specificare a verbale le misure di custodia dei plichi contenenti le offerte dei concorrenti.

9.2. Il motivo è infondato

9.2.1. In fatto si precisa quanto segue:

a) nella seduta pubblica del 21 aprile 2011 (cfr. verbale in pari data), il seggio di gara, alla presenza del rappresentante dell'impresa ricorrente (che nulla ha osservato) e previo accertamento della integrità dei sigilli:

I) ha aperto i plichi delle concorrenti per l'esame della documentazione amministrativa;

II) a conclusione delle relative operazioni ha inserito le buste contenenti le offerte economiche dei concorrenti ammessi in piego sigillato e controfirmato;

III) ha disposto la conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche presso la struttura Acquisti Contratti e Patrimonio della Presidenza;

b) il 4 maggio 2011 (cfr. verbale seduta riservata in pari data), il responsabile del procedimento, dopo aver svolto tutti i controlli nei confronti dell'impresa sorteggiata ex art. 48 codice dei contratti pubblici, ha disposto l'inoltro della documentazione tecnica dei concorrenti ammessi alla commissione giudicatrice;

c) il 10 e 11 maggio 2011 (cfr. verbali sedute riservate in pari data), la commissione, dopo aver dato atto che le buste relative alle offerte tecniche erano state conservate presso la menzionata struttura Acquisti, le ha aperte svolgendo le operazioni di esame ed attribuzione dei punteggi relativi alla parte tecnica;

d) nella seduta pubblica del 23 maggio 2011 (cfr. verbale in pari data), il seggio di gara, alla presenza del rappresentante dell'impresa ricorrente (che nulla ha osservato), ha proceduto alla lettura dei verbali delle sedute riservate del 10 e 11 maggio ed ha aperto i pieghi contenenti le offerte economiche dando atto che erano rimasti chiusi e sigillati.

9.2.2. Il collegio è consapevole che sul punto di diritto controverso non vi è sempre univocità di posizioni, nella giurisprudenza di questo Consesso, sia in ordine alle formalità che la stazione appaltante, e per essa la commissione di gara, deve rispettare per assicurare la integrità dei plichi, sia in ordine alle modalità di verbalizzazione di tali formalità.

Intende comunque aderire all'indirizzo meno formalista (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. St., sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145; sez. III, 2 agosto 2012 n. 4422; sez. III, 21 settembre 2012 n. 5050; sez. V, 22 febbraio 2011 n. 1094; sez. V, 25 luglio 2006 n. 4657; sez. IV, 5 ottobre 2005 n. 5360; sez. V, 10 maggio 2005 n. 2342; sez. V, 20 settembre 2001 n. 4973, cui rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co. 1, 88, co. 2, lett. d), e 120 co. 10, c.p.a.), sulla scorta delle seguenti ragioni che qui si sintetizzano:

a) la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione;

b) la mancanza delle su citate cautele assume solo un ruolo indiziario rispetto alla dimostrazione di concreti

elementi che facciano dubitare della corretta conservazione, occorrendo comunque provare che vi sia stata una violazione dell'integrità e segretezza dei plichi;

c) se il verbale indica che i plichi sono conservati in luogo chiuso, senza ulteriori specificazioni, e se in ciascun verbale si dichiara che i plichi pervenuti risultano tutti integri e debitamente sigillati e firmati sui lembi di chiusura, facendo il verbale prova fino a querela di falso, si deve escludere che sia avvenuta una manomissione e che le operazioni di gara siano illegittime;

d) una esegesi integrativa dell'art. 78 del codice dei contratti pubblici consente di definire una più precisa distribuzione dell'onere della prova tra i due soggetti del rapporto procedimentale, tanto affinché tal integrazione non si risolva nella distorsione dei canoni di logicità e di buon andamento dell'attività amministrativa anche nei casi di evidenza pubblica, se non, addirittura, in un controllo meramente formale della verbalizzazione, più che del riscontro oggettivo dei fatti; in pratica, la stazione appaltante ha la piena disponibilità e l'integrale responsabilità della conservazione degli atti di gara cui in corso del procedimento l'interessato non può subito accedere, giusta quanto stabilito dall'art. 13, co. 2, codice dei contratti pubblici, sicché essa ha l'onere di dimostrare, a fronte di una seria e non emulativa allegazione dell'interessato, di aver dato idonea contezza dell'efficacia dei metodi di custodia in concreto adoperati, a tal fine dimostrandola non solo con il verbale (che di per sé ha fede privilegiata), ma pure con ogni altro idoneo mezzo di prova.

9.2.3. Facendo applicazione dei su indicati principi al caso di specie emerge l'infondatezza della tesi propugnata dalla società appellante in quanto risulta *per tabulas* che:

a) i plichi sono pervenuti integri alla seduta pubblica del 21 aprile 2011;

b) parimenti integre sono pervenute, alla seduta pubblica del 23 maggio 2011, le buste recanti le offerte economiche;

c) è stato indicato specificamente l'ufficio dove sono state conservate le buste tecniche che sono state aperte di volta in volta (il che presuppone ineluttabilmente la precedente operazione di chiusura delle medesime);

d) nei verbali delle sedute riservate non vi è traccia di menomazioni o irregolarità di alcun tipo;

e) il rappresentante dell'impresa ricorrente non ha mai fatto rilevare anche il minimo sospetto di manomissioni o irregolarità né mai ha contestato la carenza di idonee cautele relativamente alla custodia delle buste tecniche;

f) la ricorrente non ha allegato e provato alcun tipo di manomissione delle buste tecniche né ha individuato specifiche irregolarità occorse nella custodia delle medesime.

9.3. Resta da affrontare la questione attinente la violazione del principio di pubblicità della seduta di gara nel corso della quale venga aperta l'offerta tecnica.

9.3.1. Nella specie deve ritenersi assodato, sulla scorta della analisi delle operazioni di gara sopra effettuata, che le buste relative alle offerte tecniche sono state aperte in seduta riservata.

E' da premettere, sempre in fatto, che le sentenze della adunanza plenaria (n. 31 del 2012) e della V sezione (n. 8 del 2013), richiamate dall'appellante, né direttamente né indirettamente, hanno fatto applicazione del più volte menzionato art. 12 che non è mai entrato nel *thema decidendum* dei relativi giudizi.

9.3.2. E' decisivo stabilire l'incidenza, sulla vicenda in esame, dell'art. 12 - Aggiudicazione di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - d.l. n. 52 del 2012 cit. (in vigore dal 7 luglio 2012) che si riporta: <<1. Al comma 2 dell'articolo 120 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, è premesso il seguente periodo: «La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.».)

2. Al comma 2 dell'articolo 283 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, è premesso il

seguinte periodo: «La commissione, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti» e dopo le parole: «In una o più sedute riservate, la commissione» le parole: «, costituita ai sensi dell'art. 84 del codice,» sono soppresse.>>.

In ordine all'ambito applicativo ed alla *ratio* della norma sancita dall'art. 12 cit., ed ai suoi eventuali aspetti di illegittimità comunitaria e costituzionale, il collegio aderisce ai principi elaborati dalla recente univoca giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145; sez. IV, 4 gennaio 2013, n. 4; sez. III, 31 dicembre 2012, n. 6714; cui rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co. 1, 88, co. 2, lett. d), e 120 co. 10, c.p.a.), in forza dei quali:

- a) il principio di pubblicità delle gare, pur di derivazione comunitaria, ha un contenuto programmatico e non direttamente cogente attesa la sua indeterminatezza, e ben può essere declinato dagli stati membri in modo da essere armonizzato con altri sottostanti non secondari valori (quali ad es. l'affidamento delle amministrazioni e delle imprese nella certezza del diritto, le esigenze di buona organizzazione e di celerità delle procedure, la tutela dell'ordine pubblico ecc.; in tal senso essendosi pronunciata proprio la adunanza plenaria n. 31 del 2012);
- b) la legge, nel cristallizzare la *regula iuris* forgiata dalla adunanza plenaria, ha avuto cura di precisare che l'obbligo di seduta pubblica decorre dal 9 maggio 2012 (data di entrata in vigore dell'art. 12) confermando per il passato l'inesistenza di una disposizione cogente di tale contenuto;
- c) l'art. 12 ha, pertanto, una portata non solo ricognitiva del principio elaborato dalla plenaria ma innovativa nella parte in cui introduce una salvaguardia degli effetti delle procedure già concluse alla data del 9 maggio 2012 o, se ancora pendenti a tale data, di quelle nelle quali si sia comunque già proceduto all'apertura dei plichi;
- d) l'art. 12 cit. ha introdotto, nella sostanza, una sanatoria dei procedimenti di gara nei quali l'apertura delle buste tecniche è avvenuta in seduta riservata senza per questo interferire direttamente con l'esercizio della funzione giurisdizionale;
- e) tale disciplina ha carattere transitorio, e mira ad evitare, specie in un momento di gravissima crisi economica dovuta alle misure di abbattimento dei debiti pubblici, oneri economici a carico della finanza pubblica nonché la lesione dell'affidamento delle imprese aggiudicatrici e delle stazioni appaltanti.

L'omogeneità delle pronunce rese fino ad ora da questo Consiglio in relazione all'applicazione del più volte menzionato art. 12 e l'assenza di un contrasto fra questo indirizzo e i principi elaborati dalla adunanza plenaria non consentono l'applicazione della norma sancita dall'art. 99, co. 1, c.p.a. (e la conseguente remissione della questione all'Adunanza plenaria), pure invocata dalla difesa appellante (cfr. pagina 22 della memoria depositata in data 1 febbraio 2013).

10. Con il sesto motivo di appello (pagine 31 – 32) si contesta, subordinatamente alla reiezione del gravame, il mancato esercizio, da parte del primo giudice, del potere di compensazione delle spese di lite sulla scorta della serietà delle censure (corroborate dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 13 del 2011 e dal parere dell'Autorità di vigilanza n. 142 del 2011).

10.1. Il mezzo è infondato.

10.2. La sezione non può che ribadire quanto affermato dalla costante giurisprudenza di questo Consiglio nell'interpretazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. - richiamati ora dall'art. 26, co. 1, c.p.a. ma da sempre ritenuti applicabili al giudizio amministrativo - (cfr. *ex plurimis* sez. III, 18 aprile 2011, n. 2345; sez. V, 21 maggio 2009, n. 3165; sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3775), ovvero che:

- a) ai sensi dell'art. 91 c.p.c., la condanna alle spese della parte soccombente costituisce la regola, mentre, dopo la

riforma dell'art. 92 c.p.c. ad opera della l. n. 69 del 2009, la compensazione può avvenire solo per soccombenza reciproca o gravi ed eccezionali ragioni da indicarsi esplicitamente in motivazione;

b) i motivi di compensazione possono essere individuati nella incertezza del caso, nella novità della fattispecie, nelle oscurità normative, nelle oscillazioni giurisprudenziali, nel contegno processuale delle parti o del giudice, ma, dopo la l. n. 69 del 2009, solo se diano luogo a gravi ed eccezionali ragioni;

c) il giudice di primo grado ha amplissimi poteri discrezionali in ordine al riconoscimento sul piano equitativo dei motivi per far luogo alla compensazione delle spese ovvero per escluderla, con il solo limite, in pratica, che non può condannare alle spese di lite la parte risultata vittoriosa o disporre statuizioni abnormi;

d) nel rispetto del sopra indicato duplice limite, la mancata compensazione delle spese processuali, attuando il principio generale per cui le spese seguono la soccombenza e non investendo profili di legittimità, si traduce in una scelta insindacabile in appello e vale in riferimento sia alle sentenze processuali che a quelle di merito;

e) conseguentemente è censurabile l'esercizio del potere di compensazione ma non anche quello di mancata compensazione fermo restando che la valutazione di merito sulla compensazione delle spese è sindacabile solo per difetto assoluto di motivazione cioè quando quest'ultima non sia ricavabile neppure per implicito dall'intero apparato argomentativo posto a sostegno della sentenza impugnata.

11. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello.

12. Le spese di giudizio (limitatamente agli onorari dei difensori, non essendo state dimostrate spese vive ai sensi del d.m. n. 140 del 2012), regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto:

a) respinge l'appello e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza;

b) condanna la società appellante a rifondere in favore della regione Lombardia e della società Edenred Italia S.r.l., gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila/00) oltre accessori come per legge (I.V.A. e C.P.A.) per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)