

Sul principio di segretezza dell'offerta economica

di Maria Nunzia Natale

Data di pubblicazione: 28-1-2019

Il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione (Cons. Stato, V, 20 luglio 2016 n. 3287 ed ulteriore giurisprudenza ivi cit. Sez. V, 19 aprile 2013 n. 2214; 11 maggio 2012, n. 2734 e 21 marzo 2011, n. 1734).

Guida alla lettura

Nella sentenza in commento, la Centrale Unica di Committenza "Partenio – Vallo di Lauro" indicava una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di bonifica e messa in sicurezza di una discarica comunale, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società seconda in graduatoria proponeva ricorso dinanzi al TAR sostenendo la mancata esclusione dell'aggiudicatario, per essersi limitato ad indicare un costo complessivo della mano d'opera inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante, senza produrre alcun elaborato tecnico con la sola indicazione del costo complessivo della mano d'opera inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante, nonostante la previsione di consistenti lavori aggiuntivi.

Si costituiva in giudizio la controinteressata, la quale proponeva altresì ricorso incidentale contestante l'ammissione alla gara della ricorrente, per violazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, del disciplinare di gara, del principio di segretezza dell'offerta economica, dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'articolo 97 Cost..

Il Tar riteneva, tuttavia, infondato il ricorso incidentale, mentre accoglieva il principale con l'illegittimità dell'ammissione dell'aggiudicataria e, per conseguenza, della disposta aggiudicazione disposta in suo favore.

Con appello al Consiglio di Stato, l'aggiudicataria impugnava la sentenza in questione e sosteneva dapprima l'erroneità del rigetto del ricorso incidentale, poiché dalla lettura del disciplinare era desumibile in numerosi punti l'obbligo a pena di esclusione della separazione dell'offerta economica rispetto al resto della domanda.

Il motivo viene ritenuto fondato in via assorbente.

Il bando di gara prescriveva che il plico contenente la domanda dovesse contenere quattro buste, la prima con la documentazione amministrativa, la seconda contenente l'offerta tecnica, la terza l'offerta tempo e la quarta ed ultima l'offerta economica, con la precisazione che la mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica, avrebbe costituito causa di esclusione.

Quanto all'offerta tempo, essa doveva contenere la dichiarazione del numero di giorni in meno, non superiore a 42 giorni, offerti sul tempo massimo previsto dal progetto per la esecuzione dei lavori, ed inoltre il cronogramma "operativo", da allegare esclusivamente, a pena di esclusione, a corredo della dichiarazione predetta, con il quale il concorrente avrebbe dovuto evidenziare mediante ogni elaborato ritenuto opportuno, il dettaglio dell'organizzazione dei mezzi d'opera e delle risorse umane impegnate nelle diverse componenti tanto da far rilevare il numero di mezzi d'opera ed il personale che l'impresa, a cadenza settimanale, era in grado di offrire ed impegnarsi a mantenere per tutta la durata dei lavori, il tutto senza l'inserimento di altri documenti.

Il bando stabiliva la sanzione esclusiva, qualora l'offerta temporale, fosse risultata in un altro documento della gara, in coerenza con la disposizione generale sul divieto di inserimenti o commistioni tra il prezzo o sue particolarità e gli elementi dell'intera offerta anzidetti.

Nel caso di specie l'offerta tempo dell'aggiudicataria, nella definizione del cronoprogramma, è scandita in caselle aventi dimensioni temporali ed in ognuna delle quali è riportata tale e quale la frazione di offerta economica che compone il corrispettivo di quella determinata fase temporale, con la palese violazione della prescrizione della separatezza tra offerta economica e offerta temporale prescritta dal bando.

Appare, pertanto, coerente e necessario il richiamo da parte dell'appellante al consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Sezione, laddove la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdotta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi.

Il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di

imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), *sub specie* di trasparenza e *par condicio* dei concorrenti, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'*iter* che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione (Cons. Stato, V, 20 luglio 2016 n. 3287 ed ulteriore giurisprudenza *ivi cit.* Sez. V, 19 aprile 2013 n. 2214; 11 maggio 2012, n. 2734 e 21 marzo 2011, n. 1734).

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4883 del 2018, proposto da Società Progetto Geoambiente s.r.l., in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Schiavo & C. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Paolo Vosa, Giuliana Vosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza Partenio – Vallo di Lauro, Comune di Montesarchio non costituiti in giudizio;

nei confronti

Tecnocostruzioni S.r.l. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Rillo Costruzioni s.r.l. e Cericola S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 3388/2018, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di bonifica e messa in

sicurezza della discarica comunale in località Tora Badia del Comune di Montesarchio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di TecnoCostruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti l'avvocato Paolo Vosa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato sulla GU il 23 ottobre 2017, la Centrale Unica di Committenza "Partenio- Vallo di Lauro" dava avvio per conto del Comune di Montesarchio alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di bonifica e messa in sicurezza della discarica comunale in località Tora Badia, per un importo a base d'appalto di € 4.469.061,06 oltre IVA con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La TecnoCostruzioni s.r.l. mandataria della costituenda a.t.i. con Rillo Costruzioni s.r.l. risultava seconda classificata con 73,098 punti contro gli 80,090 punti dell'at.i. formata da Progetto Geoambiente s.r.l. e Schiavo S.p.A. cui veniva aggiudicato l'appalto con determinazione del responsabile della C.U.C. n. 6 del 14 marzo 2018.

Avverso tale provvedimento la TecnoCostruzioni s.r.l. proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo della Campania, con il quale sosteneva la violazione del disciplinare di gara ed in particolare la violazione del principio secondo cui l'offerta va dichiarata inammissibile quando il concorrente non sia in possesso dei requisiti di capacità professionale necessari per poterla eseguire ed inoltre la violazione dell'art. 61 del Regolamento, del disciplinare di gara, dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, assoluta incertezza sul contenuto dell'offerta in relazione all'oggetto e consistenza delle migliorie.

Si costituivano in giudizio la controinteressata Geoambiente s.r.l. e la Schiavo s.p.a. partecipanti al costituendo a.t.i. aggiudicatario e proponevano altresì ricorso incidentale contestante l'ammissione alla gara della ricorrente, per violazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, del disciplinare di gara, del principio di segretezza dell'offerta economica, dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'articolo 97 Cost..

Con sentenza n. 3378 del 23 maggio 2018 il Tribunale amministrativo riteneva in primo luogo l'infondatezza del primo motivo del ricorso principale sull'insufficienza della qualificazione

nella categoria OG12 del raggruppamento aggiudicatario, in vista del proposto incremento migliorativo che avrebbe determinato il superamento della soglia massima per la quale esso era abilitato a svolgere lavorazioni rientranti nella categoria OG12, infondatezza derivata dall'impossibilità della sommatoria tra l'importo a base d'asta e la valorizzazione delle migliorie (1.031.681,58), poiché non venivano considerati i risparmi di spesa sul valore posto a base di gara.

Venivano invece ritenuti fondati i motivi secondo e terzo con i quali veniva censurata la mancata esclusione dell'aggiudicatario, per essersi limitato ad indicare un costo complessivo della mano d'opera inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante, senza produrre alcun elaborato tecnico con la sola indicazione del costo complessivo della mano d'opera inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante, nonostante la previsione di consistenti lavori aggiuntivi.

Il paragrafo IX.4 del disciplinare di gara imponeva ai concorrenti, a pena di esclusione, di produrre un dettagliato cronoprogramma dei lavori, in cui ai concorrenti era richiesto di individuare, mediante una serie indicata di documenti tecnici, il dettaglio dell'organizzazione dei mezzi d'opera e delle risorse umane impegnate nelle diverse componenti dell'opera, mentre tali dati specifici non erano stati indicati nell'offerta dell'aggiudicatario a parere del giudice di primo grado, e la relazione allegata al cronoprogramma si era limitata a precisare che l'impresa avrebbe garantito una struttura fissa di cantiere organizzata con l'indicazione delle tipiche figure professionali senza però individuarne la composizione settimanale, come invece prescritto dal disciplinare; sarebbe stata così impedita la verifica della sostenibilità dei tempi indicati nel cronoprogramma e dei costi della mano d'opera anche ai fini della verifica di cui all'art. 95, comma 10 del *codice* sull'effettivo rispetto da parte delle partecipanti dei costi minimi della mano d'opera.

Il Tribunale amministrativo soprassedeva dallo scrutinio dell'ultimo motivo del gravame e procedeva all'esame del ricorso incidentale con cui la controinteressata censurava l'ammissione alla gara della parte ricorrente, con il rilevare che nella relazione al cronoprogramma era stata indicata anche la componente economica della propria offerta, in violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica.

In realtà lo stesso disciplinare di gara al punto IX.4 lett. *b*) imponeva ai partecipanti di menzionare nella relazione al cronoprogramma operativo "l'avanzamento economico" dei lavori ed anche nel dettaglio dell'organizzazione dei mezzi e delle risorse umane "a cadenza settimanale" e detta indicazione dei costi via via sostenuti nello sviluppo dell'appalto non poteva violare il principio di separatezza tra offerta economica e ed offerta tecnica, visto il criterio rigidamente matematico di valutazione de "l'offerta tempo" e di quella economica in base al punto VIII.3 del disciplinare, con la conseguente esclusione di ogni apporto discrezionale della commissione di gara.

Il ricorso incidentale era così infondato, mentre era da accogliere il principale con l'illegittimità dell'ammissione dell'aggiudicatario e, per conseguenza, della disposta aggiudicazione disposta in suo favore.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il l'a.t.i. Progetto Geoambiente s.r.l. e Schiavo S.p.A. impugnavano la sentenza in questione e sosteneva dapprima l'erroneità del rigetto del ricorso incidentale, poiché dalla lettura del disciplinare era desumibile in numerosi punti l'obbligo a pena di esclusione la separazione all'offerta economica rispetto al resto della domanda e l'avanzamento economico dei lavori poteva essere dimostrato anche graficamente o in percentuali o ancora in riferimento all'importo dei lavori al lordo del ribasso; la circostanza che la valutazione delle offerte venisse espressa con criteri matematici non esimeva la commissione da apprezzamenti discrezionali sulla sostenibilità dell'offerta/tempo.

In via subordinata si lamentava l'accoglimento del secondo e terzo motivo del ricorso introduttivo, poiché l'aggiudicataria aveva comunque indicato attraverso i grafici l'avanzamento previsto ed esposto l'organizzazione di cantiere e delle procedure idonee ad assicurare un controllo dell'avanzamento, garantendo gli obiettivi tecnici e temporali.

L'a.t.i. aggiudicataria concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

L'a.t.i. ricorrente in primo grado si è costituita in giudizio, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto, mentre non si è costituita la stazione appaltante.

All'udienza del 17 gennaio 2019 la causa è passata in decisione.

Deve dapprima essere esaminato il primo motivo di appello, essenzialmente riproduttivo del ricorso incidentale di primo grado, secondo il quale l'a.t.i. TecnoCostruzioni s.r.l./ Rillo Costruzioni s.r.l. avrebbe violato il principio di separazione tra l'offerta economica e gli altri documenti da riportare nella domanda di partecipazione.

Il motivo è fondato in via assorbente.

Il bando di gara prescriveva che il plico contenente la domanda dovesse contenere quattro buste, la prima con la documentazione amministrativa, la seconda contenente l'offerta tecnica, la terza l'offerta tempo e la quarta ed ultima l'offerta economica, con la precisazione che la mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica, avrebbe costituito causa di esclusione; come complemento di detta prescrizione, la sezione X del bando sulle modalità di espletamento della gara stabiliva l'ordine di apertura delle buste contenute in ciascuna domanda, ponendo come ultima l'apertura e l'attribuzione del punteggio per l'offerta economica.

Quanto all'offerta tempo, essa doveva contenere la dichiarazione del numero di giorni in meno, non superiore a 42 giorni, offerti sul tempo massimo previsto dal progetto per la esecuzione dei lavori, ed inoltre il cronogramma "operativo", da allegare esclusivamente, a pena di esclusione, a corredo della dichiarazione predetta, con il quale il concorrente avrebbe dovuto evidenziare mediante ogni elaborato ritenuto opportuno, il dettaglio dell'organizzazione dei mezzi d'opera e delle risorse umane impegnate nelle diverse componenti tanto da far rilevare il numero di mezzi d'opera ed il personale che l'impresa, a cadenza settimanale, era in

grado di offrire ed impegnarsi a mantenere per tutta la durata dei lavori, il tutto senza l'inserimento di altri documenti.

Il bando stabiliva la sanzione esclusiva, qualora l'offerta temporale, fosse risultata in un altro documento della gara, in coerenza con la disposizione generale sul divieto di inserimenti o commistioni tra il prezzo o sue particolarità e gli elementi dell'intera offerta anzidetti.

Nel caso di specie l'offerta tempo dell'a.t.i. Tecnostrutture/Rillo, nella definizione del cronoprogramma, è scandita in caselle aventi dimensioni temporali ed in ognuna delle quali è riportata tale e a quale la frazione di offerta economica che compone il corrispettivo di quella determinata fase temporale. Il risultato, del tutto conseguente, resta nella somma di tale cronoprogramma, €. 3.261.625,43 coincidente con il totale dell'offerta economica dell'a.t.i. ricorrente in primo grado, con la palese violazione della prescrizione della separatezza tra offerta economica e offerta temporale prescritta dal bando.

L'appellante rileva poi ai fini della completezza della censura e del tutto correttamente ai fini sostanziali, che la scelta operata dalla concorrente non era obbligata, ma poteva essere rappresentata in altro modo, con l'indicazione grafica dell'andamento dei lavori senza riflessi sul dato economico e per lo meno con percentuali sull'importo dei lavori al lordo del ribasso, dato economico che però nulla svelava sulla consistenza dell'offerta economica.

Vi è da rimarcare che la sezione VIII del bando sui criteri e modalità di aggiudicazione stabiliva che l'offerta tempo dovesse ottenere un apprezzamento di sia pure governata discrezionalità, quindi non poteva essere invocato dall'a.t.i. appellata il fattore del vincolo totale per la commissione di gara che avrebbe potuto sterilizzare l'influenza derivante dalla previa conoscenza del dato economico.

Appare coerente e necessario il richiamo da parte dell'appellante al consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Sezione, laddove la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi.

Il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), *sub specie* di trasparenza e *par condicio* dei concorrenti, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'*iter* che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione (Cons. Stato, V, 20 luglio 2016 n. 3287 ed ulteriore giurisprudenza ivi cit. Sez. V, 19 aprile 2013 n. 2214; 11 maggio 2012, n. 2734 e 21 marzo 2011, n. 1734).

Inoltre nel caso trattato dalla pronuncia più recente, la commissione di gara avrebbe dovuto assegnare i punteggi relativi all'offerta tecnica sulla base di criteri automatici, con un residuo di discrezionalità limitata all'accertamento di quanto dichiarato, dunque nel caso di specie la violazione dei principi fondamentali ricordati appare ancor più pregnante.

Per le suesposte considerazioni l'appello va accolto con la riforma della sentenza impugnata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo.

Condanna l'a.t.i. controinteressata al pagamento delle spese di giudizio per ambedue i gradi, liquidate in complessivi €. 5.000,00 (cinquemila/00), mentre le compensa nei confronti del Comune di Montesarchio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere