

Se il bando lo prevede l'offerta tecnica può contenere voci di prezzo senza violare la segretezza delle offerte

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 2-7-2016

Il principio generale di separatezza delle due offerte (economica e tecnica) va esercitato nel limite della ragionevolezza e della proporzionalità, e i requisiti di forma, pur essendo fondamentali, non vanno intesi come un valore assoluto e insuperabile; specialmente se il bando richiede o permette soluzioni migliorative per l'esame delle quali l'offerta tecnica deve contenere alcuni elementi di rilievo economico.

Guida alla lettura

Nel caso esaminato dalla Sezione quinta del Consiglio di Stato, un'impresa, risultante seconda in graduatoria nella procedura per l'aggiudicazione di un appalto per lavori di viabilità, si vedeva respingere dal Tribunale Amministrativo Regionale il ricorso proposto per l'esclusione della prima classificata.

L'impresa appellava la decisione di primo grado affidandosi a due motivi, ma il Consiglio di Stato respinge l'impugnazione.

Nell'affrontare la questione, la sezione del Consiglio di Stato non ravvisa ragioni per discostarsi dalle conclusioni negative del giudice di primo grado: afferma, infatti, il Collegio che «I requisiti di forma sono fondamentali nelle offerte di partecipazione a una procedura di gara? ma non vanno intesi come un valore assoluto e insuperabile, specie quando la legge di gara permetta una serie di attenuazioni basate sulla logica e sulla ricerca del migliore offerente? tanto vale anche per la pur necessaria separazione tra offerta tecnica, da valutare per prima, e offerta economica, solo dopo la quale si forma la graduatoria finale».

Il Collegio precisa che se il bando prevede soluzioni migliorative connotate da tecnicità che implica analisi comparative anche sugli aspetti economici, l'esame dell'offerta tecnica non può prescindere dagli aspetti economici: «la previsione della necessità dell'assenza, nell'offerta

tecnica, di elementi riferibili all'offerta economica è a presidio del principio dell'autonomia dell'apprezzamento discrezionale dell'offerta tecnica rispetto a quello dell'offerta economica, e che il suo rispetto è garantito dall'antioriorità della prima valutazione e dalla necessità che dall'offerta tecnica esulino elementi e valori propri dell'offerta economica (es. Cons. Stato, VI, 27 novembre 2014, n. 5890), sicché è principio che le offerte economiche restino segrete fino alla conclusione della valutazione delle offerte tecniche. Ma se il bando, come era nel caso di specie, richiede o permette soluzioni migliorative, la cui tecnicità richieda necessariamente anche esami di tipo aritmetico o l'indicazione di parametri dei costi o, ancora, comparazioni rispetto a prezzi di mercato o listini ufficiali, ne viene che fatalmente (come è stato qui) l'offerta tecnica va a dover contenere alcuni elementi di rilievo economico, al limite indici indiretti di prezzi. Il che, nel limite della ragionevolezza e delle proporzionalità, non vulnera il principio generale di separatezza delle due offerte».

Nella pronuncia, il Consiglio di Stato afferma che in tali casi «l'offerta tecnica va a dover contenere alcuni elementi di rilievo economico, al limite indici indiretti di prezzi», e ciò «nel limite della ragionevolezza e delle proporzionalità, non vulnera il principio generale di separatezza delle due offerte», e che «ricorre il divieto solo nel caso in cui quel limite sia concretamente superato e dunque dall'offerta tecnica si possa agevolmente desumere l'offerta economica, con conseguente lesione effettiva della separatezza dell'offerta tecnica dall'offerta economica».

Nel respingere l'appello, il Collegio ricorda che «È giurisprudenza pacifica che il principio che il giudizio di valutazione sia espressione di un potere ampiamente discrezionale connotato da elementi di tecnicismo insindacabili in questa sede, fatti salvi i limiti di illogicità o irrazionalità manifeste. L'utilizzazione della tecnica per le attività valutative delle giustificazioni sulla congruità dell'offerta tecnica si sostanzia in un'operazione tipica di merito, con uso di criteri e regole di fatto, nel caso di specie tecniche e comunque non giuridiche: per cui - per il principio di separazione dei poteri - non possono essere oggetto di sindacato del giudice amministrativo, seppur con le eccezioni delle manifeste irrazionalità richiamate, oppure laddove si sia fatto improprio uso di scienze esatte che consentano di ottenere dati o accertamenti matematicamente ripetibili».

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7165 del 2015, proposto da Cofrat s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Orefice, Rosa Laura Di Maro, con domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, Via

Cosseria, 2;

contro

Comune di Scisciano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Simona Scatola, con domicilio eletto presso lo Studio della stessa in Roma, Via Ennio Quirino Visconti, 103;

nei confronti di

La Italstrutture s.c.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Pietro Anello e Marcello Macaluso, con domicilio eletto presso l'avvocato Pietro Anello in Roma, Via Po, 102;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I n. 2999/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento di lavori di viabilità di attraversamento in area p.i.p.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Scisciano e di Italstrutture Scpa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2016 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Andrea Orefice, Simona Scatola, Gianluca Amoroso su delega degli avvocati Pietro Anello e Marcello Macaluso;

Vista la sentenza 29 maggio 2015, n. 2999 con la quale il Tribunale amministrativo della Campania ha respinto il ricorso proposto dalla Cofrat s.r.l., seconda graduata, avverso l'aggiudicazione da parte del Comune di Scisciano a favore della società consortile Italstrutture di un appalto per lavori di viabilità e la sua mancata esclusione;

Visto il primo motivo di impugnazione di Cofrat s.r.l., riferito alla violazione da parte di Italstrutture del principio di segretezza dell'offerta economica, in quanto l'aggiudicataria avrebbe riportato nell'offerta tecnica i prezzi unitari relativi alle 15 soluzioni migliorative proposte, incidenti per il 38% rispetto alla complessiva offerta economica formulata – così anticipando un elemento proprio dell'offerta economica o comunque tale da consentirne l'identificazione quantitativa -, assumendo che il bando di gara aveva previsto l'accompagnamento delle variazioni e modifiche tecniche migliorative mediante un computo metrico di raffronto con l'indicazione delle voci e delle quantità interessate dalle variazioni e non l'eventuale allegazione di nuovi prezzi in un apposito elenco quale descrizione analitica del prodotto e della lavorazione, senza dare comunque cognizione della propria offerta economica;

Considerato che il Tribunale amministrativo ha giudicato il motivo infondato, in quanto la mera

indicazione, nell'offerta tecnica, delle percentuali di incidenza del costo della manodopera, delle spese generali e degli utili d'impresa su alcuni elementi dell'offerta migliorativa non era idonea a ledere il principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica; inoltre il disciplinare di gara obbligava i concorrenti ad accompagnare le proposte tecniche migliorative con un computo metrico di raffronto tra le quantità di lavorazioni previste nel progetto a base di gara interessate dalla variazione e quelle proposte in variazione, e il bando di gara stesso precisava che eventuali nuovi prezzi avrebbero dovuto essere elencati e corredati della relativa analisi; l'aggiudicataria, nella propria offerta tecnica, aveva accompagnato il computo metrico di raffronto con le analisi di 15 proposte migliorative, con limitazione alle sole analisi e con specificazione delle quantità di elementi di manodopera, mezzi e materiali richiesti e indicazione delle percentuali di manodopera, spese generali e utile d'impresa corrispondenti all'incidenza di tali costi sul prezzo della proposta migliorativa; le percentuali erano applicate a cifre non indicate nell'offerta, per cui sarebbe stato impossibile ricostruire il costo di tali proposte migliorative, se non a posteriori, una volta presa visione dell'offerta economica;

Visto il secondo motivo di impugnazione, con il quale la ricorrente Cofrat s.r.l. aveva contestato la congruità dell'offerta, a suo avviso anomala non essendo stati giustificati tutti i costi incidenti sull'appalto e nel quale la stessa Cofrat s.r.l. aveva proceduto ad un'analitica ricostruzione delle voci di costo (dalla sicurezza aziendale alle proposte migliorative) esaminandole singolarmente e con la considerazione finale che essa Cofrat s.r.l. aveva offerto un ribasso del 4,535%, mentre, l'aggiudicataria Italstrutture ne aveva offerto uno pari al 22,395%; e considerato che la Cofrat aveva dedotto anche l'illegittimità dello scarico e dell'immissione diretta di acque meteoriche nelle acque sotterranee, risultante dal progetto Italstrutture, e la carenza di motivazione sul giudizio di non anomalia dell'offerta Italstrutture;

Considerato che il Tribunale amministrativo ha rilevato l'infondatezza anche del secondo motivo, considerando che le giustificazioni dell'aggiudicataria Italstrutture erano dettagliate con la descrizione dell'ottimizzazione delle spese generali e della limitazione dell'utile e l'analitica ascrivibilità alle economie globali, dall'utilizzo di maestranze ampiamente qualificate al possesso di un ampio parco macchine, alle soluzioni tecniche nel processo costruttivo, ai rapporti commerciali con i principali fornitori di materiali e servizi tali da consentire di fruire di prezzi e modalità di pagamento vantaggiose rispetto alla concorrenza, alla ridotta casistica di infortuni sul lavoro con riduzione del tasso medio della tariffa dei premi Inail fino alla riduzione del tempo necessario all'esecuzione dei lavori, pari a circa il 38%. Per il Tribunale amministrativo, l'eshaustività delle giustificazioni presentate da Italstrutture alla commissione aggiudicatrice, che aveva proceduto alla valutazione dell'anomalia in contraddittorio con l'interessata; la motivazione analitica esposta dall'aggiudicataria, le coerenti conclusioni della commissione non potevano restare insindacabili valutazioni tecniche senza presentare spunti di illogicità, irragionevolezza o inadeguatezza dell'istruttoria, oltre alla considerazione che cinque concorrenti su undici avevano offerto un ribasso superiore al 20 %, allineato a quello di Italstrutture s.c.p.a.;

Vista altresì la rilevata inammissibilità della censura sulle modalità di smaltimento delle acque meteoriche, perché rivolta avverso specifiche tecniche contenute nel bando di gara, irrilevanti al fine del giudizio sulla congruità dell'offerta dell'aggiudicataria;

Visto l'appello in Consiglio di Stato proposto da Cofrat s.r.l. notificato il 5 agosto 2015, con il quale la ricorrente ribadiva le censure già sollevate in primo grado;

Ritenuto che la Sezione, prescindendo dalle eccezioni pregiudiziali sollevate dalla Italstrutture e dal Comune di Scisciano, non ravvisa ragioni per discostarsi dalle conclusioni negative del giudice di primo grado in quanto:

1. I requisiti di forma sono fondamentali nelle offerte di partecipazione a una procedura di gara; ma non vanno intesi come un valore assoluto e insuperabile, specie quando la legge di gara permetta una serie di attenuazioni basate sulla logica e sulla ricerca del migliore offerente; tanto vale anche per la pur necessaria separazione tra offerta tecnica, da valutare per prima, e offerta economica, solo dopo la quale si forma la graduatoria finale,

È vero che la previsione della necessità dell'assenza, nell'offerta tecnica, di elementi riferibili all'offerta economica è a presidio del principio dell'autonomia dell'apprezzamento discrezionale dell'offerta tecnica rispetto a quello dell'offerta economica, e che il suo rispetto è garantito dall'antiorità della prima valutazione e dalla necessità che dall'offerta tecnica esulino elementi e valori propri dell'offerta economica (es. Cons. Stato, VI, 27 novembre 2014, n. 5890), sicché è principio che le offerte economiche restino segrete fino alla conclusione della valutazione delle offerte tecniche. Ma se il bando, come era nel caso di specie, richiede o permette soluzioni migliorative, la cui tecnicità richieda necessariamente anche esami di tipo aritmetico o l'indicazione di parametri dei costi o, ancora, comparazioni rispetto a prezzi di mercato o listini ufficiali, ne viene che fatalmente (come è stato qui) l'offerta tecnica va a dover contenere alcuni elementi di rilievo economico, al limite indici indiretti di prezzi. Il che, nel limite della ragionevolezza e delle proporzionalità, non vulnera il principio generale di separatezza delle due offerte. Infatti diversamente si dovrebbero ritenere a priori precluse tutte le formulazioni dell'offerta tecnica – e, a maggior ragione, le richieste di formulazioni dell'offerta tecnica a opera della *lex specialis* – che prendano in considerazione siffatti parametri economici: mentre ne ricorre il divieto solo nel caso in cui quel limite sia concretamente superato e dunque dall'offerta tecnica si possa agevolmente desumere l'offerta economica, con conseguente lesione effettiva della separatezza dell'offerta tecnica dall'offerta economica.

Inoltre, riguardo alle peculiarità del caso di specie, va considerato che se le soluzioni migliorative della Italstrutture riportavano effettivamente alcuni "dati economici", questi nondimeno riguardavano solo 15 voci su 101 dell'intero oggetto dell'appalto – e il 38% dell'intera lavorazione. Vale a dire, riguardavano elementi numericamente ben minoritari. Sicché la loro specificazione, per di più riferita il più delle volte a dati percentuali, ben difficilmente avrebbe potuto permettere un'effettiva ricostruzione *ex ante* dell'(intera) offerta economica al punto da poter inquinare la trasparenza dell'intera procedura: Non solo: questa considerazione varrebbe anche se, in ipotesi, questi dati avessero riguardato tutte le 15 voci e indicando i rispettivi prezzi specifici. Non v'è infatti chi non veda che una sommatoria di poco superiore a un terzo del complesso delle lavorazioni non può dar luogo a una previa conoscenza dell'importo globale dell'offerta economica: dunque ad una vera anticipazione dell'offerta economica fatta in sede di offerta tecnica.

2. Destituito di fondamento è poi il secondo motivo, che tenta un sindacato di analisi di dettaglio dell'offerta nelle sue singole voci, passandole in sostanza in rassegna allo scopo manifesto di reiterare – come al giudice non è consentito - la valutazione tecnico-discrezionale di congruità dell'intera offerta per la gran parte dei suoi singoli aspetti: dalla valutazione del parco macchine ai singoli rapporti con i fornitori, alle singole lavorazioni prese nel dettaglio sino all'incidenza delle spese generali, dai tempi di esecuzione ai contenuti di singole soluzioni migliorative, dal rapporto di quanto ottenuto dall'utilizzo di un solo martello demolitore con la sua incidenza oraria alla rimozione di una barriera metallica; e ciò solo a titolo esemplificativo. È giurisprudenza pacifica che il principio che il giudizio di valutazione sia espressione di un potere ampiamente discrezionale connotato da elementi di tecnicismo insindacabili in questa sede, fatti salvi i limiti di illogicità o irrazionalità manifeste. L'utilizzazione della tecnica per le attività valutative delle giustificazioni sulla congruità dell'offerta tecnica si sostanzia in un'operazione tipica di merito, con uso di criteri e regole di fatto, nel caso di specie tecniche e comunque non giuridiche: per cui - per il principio di separazione dei poteri - non possono essere oggetto di sindacato del giudice amministrativo, seppur con le eccezioni delle manifeste irrazionalità richiamate, oppure laddove si sia fatto improprio uso di scienze esatte che consentano di ottenere dati o accertamenti matematicamente ripetibili.

Nel caso di specie le abnormità conoscibili non sussistono: ne è dimostrazione il ricordato ribasso superiore al 20%, offerto da cinque concorrenti su undici (tra cui l'aggiudicataria): per cui non si riscontra alcuna manifesta illogicità nella verifica di congruità svolta dalla stazione appaltante;

Considerato, da ultimo, che è inammissibile la censura concernente lo smaltimento delle acque meteoriche in quanto ciò che è stato oggetto dell'offerta altro appare corrispondere all'esecuzione del progetto esecutivo posto a base di gara;

Ritenuto perciò che l'appello deve essere respinto con la conferma della sentenza impugnata, mentre le spese di giudizio restano a carico dell'appellante e sono liquidate nei modi e nella misura indicati in dispositivo;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio a favore della controinteressata liquidandole in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge mentre le compensa nei confronti del Comune.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2016.

