

Il Consiglio di Stato fa il punto sulle regole sottese al principio di segretezza dell'offerta economica

di Rita Maiolo

Data di pubblicazione: 2-9-2016

In base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, laddove la procedura di gara sia caratterizzata (come nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) 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, infatti, presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata.

La delineata peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo. (1)

(1) Conforme Consiglio di Stato, sez. IV, del 29 febbraio 2016, n. 825; Consiglio di Stato, sez. V, del 12 novembre 2015, n. 5181; Consiglio di Stato, sez. V, del 19 aprile 2013, n. 2214.

Guida alla lettura

La decisione segnalata ha il merito di **puntualizzare una serie di regole procedurali cui sia le stazioni appaltanti che gli operatori economici devono necessariamente attenersi** nell'ambito delle gare in cui **criterio selettivo** prescelto sia quello **dell'offerta economicamente più vantaggiosa**. In tale eventualità, infatti, emerge nitidamente una scissione tra la fase di valutazione relativa all'offerta tecnica e quella concernente l'offerta economica, viceversa assente laddove il criterio di selezione preferito sia quello - di valenza

meramente quantitativa - del prezzo più basso. Tale separazione netta, a parere del Collegio e condiviso della giurisprudenza dominante, impone che **fino a quando non risulti conclusa l'analisi degli elementi di carattere tecnico sia preclusa al seggio di gara una conoscenza, anche minima, di quelli di tipo economico**. La ragione sottesa a questo orientamento rigoroso è rinvenibile **nell'intento di arginare il rischio di ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi, in virtù del principio di segretezza dell'offerta economica**.

In punto di fatto, nella fattispecie sottoposta al vaglio della Quinta Sezione, l'amministrazione aggiudicatrice aveva incluso nella lettera d'invito (trattandosi di procedura ristretta) la precisazione secondo cui: **"nella busta chiusa elettronica denominata "Documentazione Tecnica" non dovrà essere inserita, pena l'esclusione dalla procedura, alcuna determinazione di importi economici"**. L'estrema chiarezza della prescrizione testé riportata, nell'ottica dei Giudici d'appello, non poteva che determinare l'esclusione del Consorzio appellato per avere inserito nella busta relativa alla documentazione tecnica un documento contenente al proprio interno delle determinazioni di importi economici. Né, contrariamente a quanto sostenuto dal Giudice di prime cure, la circostanza (contenuta nella *lex specialis*) secondo cui i punteggi relativi all'offerta tecnica dovessero essere assegnati sulla base di criteri automatici aveva come effetto quello di escludere *in toto* la discrezionalità della Commissione aggiudicatrice. Quest'ultima, invece, essendo chiamata a verificare l'attendibilità dagli elementi tecnici dichiarati e la loro rispondenza alla documentazione prodotta a supporto, **"disponeva di un potere di accertamento caratterizzato da ambiti, seppur ridotti, di discrezionalità"**.

Dunque, **il principio di segretezza dell'offerta economica** (rinvenibile nell'art. 46, comma 1-bis, D. Lgs. 163/2006), alla luce del ragionamento compiuto dalla Quinta Sezione, **si declina essenzialmente in due accortezze procedurali**, rivolte rispettivamente alla stazione appaltante e alle imprese partecipanti, ovvero: che **la valutazione delle offerte tecniche deve necessariamente precedere quella delle offerte economiche** e che **nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che, comunque, consentano di ricostruirla**. Inoltre, il suddetto principio, precisa il Collegio, costituisce attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, che si declinano, a loro volta, nelle garanzie di trasparenza e di par condicio tra i concorrenti. In altri termini, tale *modus operandi* **assicura l'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo** chiamato ad esprimere il giudizio sull'offerta tecnica in maniera libera ed indipendente rispetto anche alla minima possibilità di conoscenza di elementi comunque riconducibili all'offerta economica.

In chiusura, è interessante segnalare che il **nuovo Codice dei Contratti Pubblici** (D. Lgs. n. 50 del 2016) **ha accorpato nell'art. 83 una serie di regole e principi eterogenei** (tra cui talune competenze radicate in capo all'ANAC, la disciplina del soccorso istruttorio e il principio di tassatività delle cause di esclusione), non recependo i suggerimenti dei Giudici di Palazzo Spada di suddividere la disciplina dei diversi istituti in articoli autonomi. Tale commistione, secondo i primi commenti critici, rischia di pregiudicare l'autonomia e la portata applicativa dei vari argomenti trattati, pericolo che purtroppo si è concretizzato per il **principio di segretezza delle offerte**: quest'ultimo, infatti, **sebbene chiaramente esplicitato nel "vecchio" Codice**,

ha fatto perdere completamente le proprie tracce nella nuova versione, lacuna che attende dunque di essere colmata da successivi interventi legislativi.

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 1535 del 2016, proposto da:
Herambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aristide Police e Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via di Villa Sacchetti n. 11;

contro

Consorzio Cooperative Costruzioni, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, Sezione I, n. 01030/2015, resa tra le parti, concernente esclusione gara d'appalto per l'affidamento di lavori di realizzazione interventi di copertura definitiva e interventi migliorativi di regimazione delle acque meteoriche della discarica di rifiuti non pericolosi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Cooperative Costruzioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Filippo Degni, su delega dell'avv. Aristide Police e Gianluigi Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Herambiente s.p.a., ha indetto una procedura ristretta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di alcuni lavori, stabilendo, tra l'altro, nella lettera d'invito che: <<*nella busta chiusa elettronica denominata "Documentazione Tecnica" non dovrà essere inserita, pena l'esclusione dalla procedura, alcuna determinazione di importi economici*>>;

Alla gara ha partecipato il Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC), che, in applicazione di tale prescrizione, è stato escluso dalla procedura selettiva, per avere inserito nella busta relativa alla documentazione tecnica un documento <<...denominato "TENDRAIN per resist.traz.pdf.p7m", che contiene al proprio interno delle determinazioni di importi economici ... >> (nota prot. n. 0012871 del 23 settembre 2015, a firma del Responsabile Funzione Acquisti Ambiente di Hera s.p.a. e Presidente della Commissione di Gara).

Ritenendo l'esclusione illegittima il CCC l'ha impugnata davanti al TAR Emilia Romagna – Bologna, il quale, con sentenza 23/11/2015 n. 1030, ha accolto il ricorso, rilevando che il divieto di commistione di elementi tecnici ed elementi economici dell'offerta, diretto a garantire che l'apprezzamento discrezionale dei primi non sia condizionato dalla conoscenza dei secondi, nella specie non risulterebbe violato, in quanto, secondo la *lex specialis* della gara, i punteggi tecnici dovevano essere assegnati in base a criteri automatici, per cui la Commissione aggiudicatrice non disponeva di alcun effettivo margine di autonoma valutazione.

Avverso la sentenza ha proposto appello la Herambiente s.p.a.

Pe resistere all'appello si è costituito in giudizio il CCC.

Con successive memorie, entrambe le parti hanno, poi, ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 7/6/2016, la causa è passata in decisione.

Con un unico motivo di gravame l'appellante lamenta che il giudice di prime cure avrebbe errato nell'escludere che nel caso di specie la Commissione di gara fosse deprivata di

qualunque ambito di apprezzamento discrezionale. Quest'ultima, infatti, anche in presenza di un criterio automatico per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici, doveva pur sempre esprimersi in ordine all'attendibilità dei dati dichiarati nell'offerta (in particolare con riguardo all'elemento valutativo concernente la riduzione del tempo di esecuzione dei lavori rispetto a quanto previsto nel capitolato speciale) e ciò sulla base di un accertamento tecnico-discrezionale.

Il motivo è fondato.

In base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio non ritiene di doversi discostare, laddove la procedura di gara sia caratterizzata (come nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) 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, infatti, presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata.

La delineata peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo (fra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 29/2/2016, n. 825; Sez. V, 19/4/2013 n. 2214; 11/5/2012, n. 2734 e 21/3/2011, n. 1734).

Conseguentemente nelle gare da aggiudicarsi col sistema a questione devono trovare applicazione i seguenti principi:

- a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere quella delle offerte economiche;
- b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate; c) la Commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche;
- d) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che, comunque, consentano di ricostruirla;
- e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi

necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12/11/2015, n. 5181).

Vero è che nel caso di specie, i punteggi relativi all'offerta tecnica dovevano essere assegnati, secondo la *lex specialis* della gara, sulla base di criteri automatici, così da escludere, nell'attribuzione degli stessi, qualunque margine di discrezionalità, ma, come correttamente dedotto dall'appellante, la Commissione aggiudicatrice disponeva di un potere di accertamento caratterizzato da ambiti, seppur ridotti, di discrezionalità, nel verificare l'attendibilità dagli elementi tecnici dichiarati e la loro rispondenza alla documentazione prodotta a supporto, al fine di stabilire se quegli stessi elementi potessero essere utili ai fini dell'attribuzione del previsto punteggio.

La lettera d'invito stabiliva, infatti: <<... la Committente, per ogni criterio di valutazione, dopo aver acquisito il dato dichiarato dal Concorrente nel documento "Allegato n. 2 – Relazione Tecnica", verificherà la corrispondenza di tali informazioni con quelle contenute nei documenti a supporto presenti nell'offerta tecnica ed attribuirà al concorrente il punteggio corrispondente a quanto dichiarato, purché il dato dichiarato trovi riscontro nella documentazione prodotta a comprova (in caso di mancata dichiarazione dei dati che determinano l'applicazione del punteggio la Commissione non potrà considerare la documentazione allegata).

In caso di discordanza tra quanto dichiarato e quanto emerso dalla documentazione prodotta a comprova, il dato dichiarato verrà confermato se quanto dichiarato risulta inferiore a quanto risultante dalla documentazione a comprova, al contrario verrà ridotto, in ragione di quanto non riscontrato nella documentazione prodotta a comprova.

Qualora a comprova dei dati sia prodotta documentazione carente o non attinente o qualora la medesima documentazione sia assente, ai medesimi dati, ai fini della valutazione, sarà attribuito un valore paria a "0" (zero) >>.

La sussistenza del descritto potere di accertamento tecnico-discrezionale era sicuramente ravvisabile, quantomeno con riguardo al parametro di valutazione concernente la "Riduzione del tempo di esecuzione dei lavori rispetto a quanto previsto all'art. 37 del capitolato speciale d'appalto", in relazione al quale la stessa lettera d'invito disponeva:

"Il punteggio sarà distribuito come segue:

- riduzione pari ad almeno 30 giorni naturali e consecutivi punti 9*
- riduzione pari ad almeno 20 giorni naturali e consecutivi punti 6*
- riduzione pari ad almeno 10 giorni naturali e consecutivi punti 3*
- nessuna riduzione punti 0*

Avvertenza:

- non saranno presi in considerazione termini intermedi e differenti rispetto ai valori sopra indicati, pena la riconduzione della proposta all'ipotesi di riduzione in termini di giorni prevista conformandola la termine inferiore;

- la riduzione dei tempi d'intervento offerta dall'impresa deve essere dimostrata mediante cronoprogramma di dettaglio riportante le modalità operative e organizzative previste, ovvero: evidenze dettagliate circa l'organizzazione delle risorse umane, mezzi e attrezzature messi in campo con elencazione e relativa produzione, inclusa l'analisi di eventuali/potenziali criticità".

Il giudizio della Commissione aggiudicatrice era, quindi, caratterizzato da margini di apprezzamento discrezionale, ancorché ai soli fini di appurare se la proposta riduzione dei tempi fosse valutabile e, perciò, meritevole di punteggio, e ciò impediva, alla luce degli enunciati principi, che la valutazione dell'offerta tecnica potesse avvenire dopo aver preso conoscenza di elementi concernenti l'offerta economica.

Nel caso di specie, il CCC ha inserito nella busta elettronica contenente la proposta tecnica, il documento denominato "*TENDRAIN per resist.traz.pdf.p7m*", il quale conteneva al proprio interno l'indicazione di elementi propri dell'offerta economica.

In particolare, si trattava di un preventivo, ottenuto dall'appellato, in cui erano rappresentati i costi di alcuni materiali da utilizzare nell'appalto per una somma pari a oltre il trenta per cento dell'importo a base di gara, come si ricava dalle affermazioni dell'appellante, sul punto a non contestate.

Ovviamente da tale documento non era possibile risalire con certezza alla percentuale di ribasso praticata dal CCC, concorrendo al riguardo altri fattori economici di incidenza, nondimeno è ragionevole ritenere che i dati di tipo economico ivi esposti, consentissero la formazione di un orientamento su quella che, verosimilmente, avrebbe potuto "essere l'offerta economica finale e tale circostanza è, di per sé idonea, ancorché in termini di ipotetica possibilità, a condizionare il processo valutativo della Commissione in ordine all'offerta tecnica" (così Cons. Stato, Sez. IV, 29/2/2016, n. 825).

Correttamente, quindi, la stazione appaltante, constatato che con l'inserimento del documento denominato "*TENDRAIN per resist.traz.pdf.p7m*" nella busta elettronica contenente l'offerta tecnica il

CCC aveva violato la prescrizione contenuta a pag. 8 della lettera d'invito e, ad un tempo, il principio di segretezza delle offerte enunciato dall'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163/2006, di cui la prescrizione stessa costituisce applicazione, ha disposto l'esclusione della gara della parte appellata.

In presenza della descritta situazione fattuale, nessuna ulteriore motivazione o verifica istruttoria era necessaria ai fini della legittimità dell'avversato provvedimento espulsivo.

Al riguardo giova puntualizzare che le modalità seguite per l'espletamento della gara (cartacee o informatiche) sono indifferenti rispetto all'applicazione dei principi enunciati dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006. Per cui, diversamente da quanto dedotto dall'appellata, il fatto che la procedura selettiva si fosse svolta mediante l'uso di strumenti informatici, non implicava per la stazione appaltante l'onere di porre in essere alcun altro adempimento.

L'appello va, in definitiva, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, in considerazione della novità e peculiarità della questione affrontata, possono essere integralmente compensati.

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, annulla l'impugnata sentenza.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore