

# La conoscenza dell'offerta economica prima dell'esame delle altre parti dell'offerta: principi consolidati e riforme in corso

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 2-4-2019

1. *Le offerte economiche non possono essere conosciute dalla stazione appaltante prima che quest'ultima abbia definitivamente stabilito l'idoneità tecnica dei prodotti, in quanto quest'ultima valutazione implica l'esercizio di un'ampia discrezionalità tecnica.*

1. *In termini:* Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287; Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181; Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287.

## Guida alla lettura

La sentenza in commento si è pronunciata sulla tematica relativa alle scansioni temporali delle fasi di esame delle diverse parti che compongono le offerte.

Per quanto la pronuncia riguardi un'ipotesi peculiare - nella quale la *lex specialis* prevedeva espressamente una fase di valutazione dell'offerta tecnica successiva alla conoscenza dell'offerta economica - i principi ivi affermati appaiono validi in generale e potrebbero esserlo anche in relazione alle (più frequenti) ipotesi in cui la Commissione viene chiamata a (ri)esaminare l'offerta tecnica a seguito di contestazioni dei concorrenti.

E i medesimi principi possono costituire anche un'interessante chiave di lettura, *mutatis mutandis*, della norma inserita nella bozza del cd. Decreto "Sblocca-cantieri" in forza della quale la verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti può essere eseguita dopo l'esame dell'offerta negli appalti sotto-soglia.

Il TAR Lombardia si è pronunciato, accogliendolo, sul ricorso mediante il quale il secondo classificato ha impugnato l'aggiudicazione definitiva della procedura per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici e la relativa *lex specialis* di gara.

In particolare, il Disciplinare di gara - per quanto riportato nel testo della sentenza - prevedeva in modo espresso che "dopo l'apertura delle offerte economiche, si svolgesse un esame d'idoneità tecnica dei prodotti".

In altri termini, la *lex specialis* stabiliva che il “*personale medico dell’Amministrazione*” svolgesse un sub-procedimento di verifica di idoneità delle offerte tecniche in un momento successivo alla conoscenza delle offerte economiche delle concorrenti.

Il ricorrente ha dunque censurato tale previsione, sostenendo che essa consentirebbe di procedere alla valutazione e dunque alla “scelta tecnica decisiva” del prodotto offerto in una fase procedimentale nella quale sono già noti gli importi indicati dai concorrenti nelle offerte economiche.

E dunque la normativa di gara si porrebbe in violazione dei noti principi di trasparenza, correttezza, economicità e *par condicio* dei competitori.

Il TAR ha condiviso la censura della ricorrente e ha affermato che la scansione procedimentale prevista dal Disciplinare contrasta con il principio di segretezza delle offerte economiche, le quali - come è noto - “*non possono essere conosciute dalla stazione appaltante prima che quest’ultima abbia definitivamente stabilito l’idoneità tecnica dei prodotti*”.

In particolare, l’elemento dirimente della decisione del TAR è stata la constatazione che la “verifica di idoneità” prevista dopo l’apertura delle offerte economiche “implica l’esercizio di un’ampia discrezionalità tecnica”.

Di conseguenza, atteso che la *lex specialis* consente valutazioni dell’offerta tecnica che non hanno carattere vincolato dopo la conoscenza del prezzo offerto dai concorrenti, è evidente la violazione del principio di imparzialità e di *par condicio* dei partecipanti.

Da ultimo, il TAR ha anche precisato – si presume a fronte di eccezione sul punto di una delle parti – che non era necessaria l’immediata impugnazione della norma del Disciplinare in quanto essa “non è ostativa alla partecipazione alla gara” (Ad. Plen. n. 4/2018).

La decisione del TAR Lombardia è conforme ai noti principi in materia di segretezza delle offerte economiche (e del conseguente divieto di indicazione di dati economici nelle altre parti dell’offerta) e alla natura delle fasi procedimentali di esame delle offerte (amministrative e) tecniche ed economiche nelle procedure di gara aggiudicate secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (*ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 2017, n. 5392 secondo cui “*le offerte economiche devono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte, al fine di evitare che gli elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali*”).

In particolare, come è noto, da tali principi la giurisprudenza ha fatto discendere importanti corollari in ordine alla scansione procedimentale delle fasi di gara, statuendo che a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere quella delle offerte economiche; b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate rispetto alla documentazione amministrativa e alle offerte tecniche; c) la Commissione non può aprire le buste contenenti le offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche; d) nell’offerta tecnica non deve essere incluso nessun elemento che consenta di ricostruire l’offerta

economica (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181).

Anche alla luce di tale ricostruzione, è evidente che in caso di violazione di tale scansione, ad essere dirimente per la valutazione di legittimità o illegittimità della procedura è proprio l'aspetto evidenziato dal TAR Lombardia a fondamento della propria decisione, vale a dire la natura discrezionale o meno delle valutazioni che verrebbero svolte dopo la conoscenza dell'offerta economica.

A tale proposito, in un'ipotesi – più “classica” - di inserimento di un dato economico nell'offerta tecnica, il Consiglio di Stato ha respinto la tesi secondo cui i *“punteggi relativi all'offerta tecnica dovevano essere assegnati, secondo la lex specialis della gara, sulla base di criteri automatici”* e ha invece ritenuto che *“il giudizio della Commissione aggiudicatrice era, caratterizzato da margini di apprezzamento discrezionale, (...) 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”* (Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287).

Come anticipato, il principio espresso dal TAR può essere utile anche per valutare le (non infrequenti) ipotesi nelle quali la Commissione di gara viene convocata al fine di ri-pronunciarsi sulle contestazioni svolte dai concorrenti in via stragiudiziale o giudiziale.

Anche in tali casi la Commissione è infatti chiamata a svolgere valutazioni di carattere discrezionale in ordine alle offerte tecniche (sia pure dopo averle già esaminate in sede di gara) essendo già a conoscenza dei prezzi offerti.

Ebbene, se è noto che tali operazioni sono ammissibili - come indirettamente ammesso dall'Ad. Plen n. 30/2012 in caso di riesame a seguito di annullamento giurisdizionale - non si può escludere che la Commissione nel ri-esaminare e valutare la parte tecnica sia influenzata dalla conoscenza delle offerte economiche.

Da ultimo, si segnala che la tematica relativa alla valutazione di altre parti dell'offerta malgrado la preventiva conoscenza della componente economica potrebbe riproporsi ove entrasse in vigore la norma ad oggi presente nella bozza del Decreto cd. Sblocca Cantieri, in forza della quale negli appalti sotto-soglia *“le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti”*.

Ebbene, per quanto la medesima disposizione si premuri di precisare che *“se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano motivi di esclusione”*, non può escludersi che anche nell'ambito della valutazione del possesso dei requisiti vi siano ambiti di discrezionalità rispetto ai quali la stazione appaltante è chiamata ad esprimersi dopo aver già aperto e dunque conosciuto sia le offerte tecniche, sia le offerte economiche (in tale senso si è di recente espresso TAR Toscana, 29 ottobre 2018, n. 1391 secondo cui *“la preventiva conoscenza dell'offerta economica è in grado di influire non solo sui giudizi da assegnare alla qualità delle offerte (...) ma anche sulle decisioni in merito all'ammissione dei concorrenti alla*

procedura”).

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 330 del 2019, proposto da

Medis di Soffiati Vittorio & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Sgobbi e Federico Bulfoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Fondazione I.R.C.C.S Istituto Neurologico Carlo Besta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, 23;

***nei confronti***

Neuromed S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Cardella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Fondazione I.R.C.C.S. Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico e A.S.S.T. Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, non costituite in giudizio;

***per l'annullamento***

a) della deliberazione della Fondazione IRCCS Istituto Neurologico Carlo Besta, n. 675-2018 del 17.12.2018 e relativi allegati, a firma del Direttore Generale, dott. Germano Pellegata, trasmessa a mezzo Sintel con nota 3.1.2019, prot. 77/AA/mp, recante l'aggiudicazione in via definitiva a Neuromed S.p.A. della procedura aperta, in forma aggregata, per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici per neurochirurgia occorrenti alla Stazione appaltante capofila, alla Fondazione IRCCS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico e all'ASST Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, relativamente al lotto n. 31 (CIG 7247561C87 –

doc. 1);

b) dell'aggiudicazione provvisoria, degli atti, valutazioni, verbali e determinazioni tutte, attraverso cui s'è snodato il procedimento di gara;

c) degli atti di controllo ed approvazione dell'affidamento e dell'eventuale contratto;

d) della determina d'indizione della gara, del bando, del disciplinare e del capitolato speciale e relativo allegato A, nelle parti meglio evidenziate nel prosieguo del presente gravame; per l'accoglimento della domanda di Medis d'aggiudicarsi la fornitura con riferimento al lotto n. 31; nonché per la dichiarazione d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra le controparti in epigrafe ed, infine, per la condanna al risarcimento dei danni della ricorrente per la perdita dell'aggiudicazione del contratto predetto in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente pecuniario, nella misura e nei modi, che saranno precisati in corso di giudizio, con riguardo al danno emergente e al lucro cessante, con interessi e rivalutazione monetaria dalla data del dovuto sino all'effettivo soddisfacimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione I.R.C.C.S Istituto Neurologico Carlo Besta e di Neuromed S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2019 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

che oggetto del ricorso è l'aggiudicazione in via definitiva a Neuromed S.p.A. della procedura aperta, in forma aggregata, per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici per neurochirurgia quanto al lotto 31, fornitura di cottonino 100% cotone e rayon;

che va esaminata con priorità, perché assorbente, la censura sub C), in cui si rileva, tra l'altro, come la *lex specialis*, prevedendo che, dopo l'apertura delle offerte economiche, si svolgesse un esame d'idoneità tecnica dei prodotti, ha capovolto il corretto andamento della pubblica selezione: il disciplinare, tra l'apertura delle buste economiche e la scelta definitiva del dispositivo da acquistare avrebbe cioè interposto un subprocedimento di verifica d'idoneità tecnica, e tale previsione sarebbe erronea ed illogica, poiché permetterebbe una scelta tecnica decisiva, dopo che sono già noti i prezzi dei prodotti in gara, con pregiudizio di valori come la

trasparenza, la linearità, la correttezza, l'economicità e la par condicio dei competitori;

che, secondo il Collegio, in effetti l'art. 14 del disciplinare individua un procedimento illegittimo di svolgimento della gara, in quanto, dopo l'apertura delle offerte economiche e la formazione della graduatoria, è prevista una "verifica di idoneità tecnica dei prodotti offerti" da parte del personale medico dell'amministrazione;

che la citata verifica di idoneità implica l'esercizio di un'ampia discrezionalità tecnica, come risulta del resto dalle schede di valutazione depositate in giudizio, dove sono valorizzati elementi tecnici dal contenuto non univoco e non previsti espressamente dalla legge di gara (ad esempio, lo "spessore" del cottonino, cfr. i documenti da 8a ad 8f della resistente);

che tale modalità procedimentale contrasta con il principio della segretezza delle offerte economiche, le quali non possono essere conosciute dalla stazione appaltante prima che quest'ultima abbia definitivamente stabilito l'idoneità tecnica dei prodotti, pena anche la violazione del principio di imparzialità dell'amministrazione e della *par condicio* dei partecipanti;

che la citata norma del disciplinare, dalla cui illegittimità discende quella della successiva aggiudicazione, non doveva essere immediatamente impugnata, in quanto non ostativa alla partecipazione alla gara (cfr. la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018);

che le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a carico delle parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna la Fondazione resistente e Neuromed Spa, in solido fra loro, al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).

Nulla per il resto.

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