

Il divieto di commistione tra le offerte tecniche ed economiche.

di Isabella Tassone

Data di pubblicazione: 10-6-2020

1. Il divieto di commistione va apprezzato in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta.

Guida alla lettura

Con il pronunciamento in commento, la V Sezione del Consiglio di Stato ha affrontato la tematica relativa al **principio di separazione** tra aspetti tecnici e profili economici della proposta negoziale formulata dai concorrenti in gara, altrimenti conosciuto come **divieto di commistione tra le offerte tecniche ed economiche**.

Com'è noto, il principio in parola rappresenta un canone fondamentale delle procedure a evidenza pubblica, posto a presidio dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 97 Cost..

Sotto un profilo concettuale, il predetto divieto di commistione è declinabile nel seguente triplice ordine di regole, di matrice giurisprudenziale:

a. in primo luogo, la necessità che venga garantita la distinzione materiale tra le offerte tecniche ed economiche, mediante inserimento della relativa documentazione in buste distinte e idoneamente sigillate (cfr., tra le numerose, Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5392; sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890);

b. in secondo luogo, il divieto d'inquinare la componente qualitativa dell'offerta mediante anticipata indicazione di profili di carattere quantitativo (Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612);

c. da ultimo, l'obbligo di mantenere segreti i dati economici sino alla conclusione del procedimento di valutazione degli elementi tecnici, onde garantire l'imparzialità nelle

operazioni valutative poste in essere dalla commissione giudicatrice e, in definitiva, salvaguardare il libero gioco della concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2020, n. 167).

Al riguardo, il Giudice amministrativo ha avuto modo di evidenziare che la *ratio* sottesa al principio in rassegna si rinviene nell'esigenza di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico, quali il prezzo, possano influenzare il giudizio sui profili tecnici dell'offerta, attività valutativa di converso contrassegnata da ampi margini di discrezionalità (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6017; sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7395; idem 2 settembre 2019, n. 6017).

Tanto premesso, si segnala che costituisce *jus receptum* l'assunto secondo cui le regole che impongono la separazione tra le componenti qualitative e le voci quantitative dell'offerta non devono essere applicate in maniera indiscriminata e meramente formalistica.

Il costante indirizzo pretorio ha avuto modo di evidenziare che il c.d. divieto di commistione non può essere interpretato fino al punto di eliminare le obiettive intersezioni tra i due aspetti della proposta negoziale formulata dai concorrenti, per loro natura collegati.

In tale prospettiva, è stato precisato che sono censurabili unicamente le condotte che concretamente abbiano condizionato il libero e sereno svolgimento dell'attività valutativa da parte del seggio di gara, siccome idonee ad arrecare un effettivo pregiudizio al bene giuridico protetto dal principio in rassegna.

Conseguentemente, per ciò che qui più rileva, è stato chiarito che possono essere indicate in sede di offerta tecnica elementi a connotazione anche economica, ove tale indicazione sia resa necessaria ai fini della compiuta enucleazione degli elementi qualitativi proposti e purché le voci anticipate non rappresentino i prezzi a base di gara o di listini ufficiali ovvero i costi di mercato.

Ebbene, applicando le sovra esposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che nella procedura evidenziale oggetto di causa non si fosse consumata alcuna compromissione del principio di separazione, attesa la marginalità e non concludente del dato economico anticipato nell'offerta tecnica censurata.

A tal fine, il Consiglio di Stato ha rammentato che la **violazione del divieto di commistione** tra offerta tecnica ed economica **è originata dalla divulgazione di aspetti economicamente significativi** in sede di proposta qualitativa, idonei a consentire all'organo valutativo di apprezzare in via anticipata, "prima del tempo", la consistenza e la convenienza dell'offerta formulata (Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4248; sez. V, 11 giugno 2018, n. 3609).

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 4853 del 2019, proposto da Saie S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, alla piazza della Libertà, n. 13;

contro

Comune di Città Sant'Angelo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Bruno Sassani in Roma, alla via XX Settembre, n. 3;

nei confronti

Cims Cooperativa Intersettoriale Montana di Sassoleone Soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Girani, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;
Asmel Consortile Scarl, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo - sezione staccata di Pescara, sez. I, n. 138/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Città Sant'Angelo e di Cims Cooperativa Intersettoriale Montana di Sassoleone Soc. Coop. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2020 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Napoli, Pinto e Girani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

1.- Il Comune di Città Sant'Angelo indicava, ai sensi dell'art. 183 d. lgs. n. 50/2016, una procedura, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, per l'affidamento in concessione *“della progettazione definitiva ed esecutiva, della costruzione e gestione mediante finanza di progetto di una casa funeraria con annesso impianto di cremazione”*, per un importo globale e complessivo dell'investimento di € 5.293.6554,22 come da quadro economico di progetto, di cui € 3853.000,00 per i lavori compresi oneri per la sicurezza.(art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016)

Il corrispettivo della concessione, ai sensi dell'art. II.2.1.4. del bando, consisteva nel recupero dell'investimento attraverso i ricavi di gestione delle strutture ed impianti da realizzarsi con risorse totalmente a carico del concessionario, e la controprestazione a favore del concessionario consisteva esclusivamente nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente le opere realizzate per tutta la durata della concessione.

Alla gara partecipavano Saie s.r.l., quale soggetto promotore, e Cims Cooperativa Intersettoriale Montana di Sassoleone Soc. coop. a r.l.,

All'esito della valutazione delle offerte, tecnica ed economica, quest'ultima conseguiva il miglior punteggio complessivo (91,56), a fronte di quello (75,03) conseguito dalla odierna appellante.

Effettuate le verifiche di legge, e ritenuti giustificati, all'esito di apposito contraddittorio, i profili di anomalia dell'offerta, in data 14 giugno 2018 la Commissione valutatrice comunicava che la *“migliore offerta risultata congrua [era] quella presentata dall'impresa CIMS S.c. a. r.l.”* e disponeva *“la comunicazione dell'esito di gara al promotore per l'esercizio del diritto di prelazione”*.

Con nota del 9 giugno 2018, la stazione appaltante comunicava al promotore la possibilità di *“adeguare la proposta”* quella del primo graduato, esercitando il diritto di prelazione.

Con lettera del luglio 2018, la Saie esercitava, con espressa riserva, il diritto di prelazione peraltro contestualmente impugnando, dinanzi al TAR per l'Abruzzo, la nota del 19 giugno 2018.

2.- Con sentenza n. 344/2018 il Tribunale adito dichiarava inammissibile il ricorso, sull'assunto che il termine concesso non dovesse ritenersi perentorio, potendo la prelazione essere esercitata fino al termine di quindi giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, che nella specie non era ancora intervenuta.

Con determina n. 556 del 6 dicembre 2019, l'Amministrazione disponeva quindi l'aggiudicazione definitiva della gara a favore di Cims, nuovamente comunicando alla Saie, con nota del 10 dicembre 2018, la possibilità per di esercitare il diritto di prelazione.

3.- Con nuovo ricorso dinanzi al TAR per l'Abruzzo, Saie – previa conferma, con riserva,

dell'esercizio della prelazione – impugnava gli esiti della gara, lamentandone la complessiva illegittimità e, segnatamente, assumendo:

a) che l'aggiudicataria avesse inquinato l'offerta tecnica con un componente dell'offerta economica, avendo indicato nella bozza dell'atto di convenzione la durata temporale della concessione (“30 anni”);

b) che la formulata offerta economica fosse incompleta, non essendo la dichiarazione relativa all'ulteriore sconto praticato (rispetto a quello base previsto nell'atto di convenzione) conforme alle previsioni di gara;

c) che l'offerta in questione dovesse ritenersi invalida in quanto, per un verso, “condizionata” e, per altro verso, implausibilmente migliorativa.

Nel costituirsi in giudizio, l'aggiudicataria proponeva ricorso incidentale, con il quale assumeva che l'offerta della concorrente avrebbe dovuto essere pregiudizialmente esclusa, poiché il piano economico-finanziario proposto non era coerente con l'offerta tecnica, oltre a riportare dati contraddittori, a non contenere l'adeguamento Istat e ad essere privo di regolare asseverazione. Evidenziava, inoltre, la asserita carenza dei requisiti dei progettisti e per dell'art. 31 comma 13 del *Codice*.

4.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR adito respingeva, esaminandoli congiuntamente, sia il ricorso principale che il ricorso incidentale.

Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Saie s.r.l. insorgeva contro la ridetta statuizione, di cui lamentava la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si costituivano in giudizio, per resistere al gravame, il Comune di Castel Sant'Angelo e la Cooperativa Cims.

Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 30 gennaio 2020, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con il primo motivo, l'appellante reitera la doglianza, disattesa in prime cure, secondo cui la controinteressata aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto avrebbe anticipato nell'offerta tecnica parte dell'offerta economica e avrebbe, con ciò, condizionato le scelte della Commissione.

2.1.- Il motivo non è fondato.

Come è noto, il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica costituisce

espressione del principio di segretezza dell'offerta economica, ed è posto a garanzia 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* tra i concorrenti. Ciò in quanto la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della commissione aggiudicatrice può essere di per sé potenzialmente idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa; di conseguenza nessun elemento economico deve essere reso noto alla commissione

stessa prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612; Id., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1335)

Nondimeno, proprio alla luce della *ratio* che lo ispira, il principio non va inteso *in senso assoluto*: per consolidato intendimento, infatti, tale divieto di commistione (pur rilevando anche solo sotto il profilo potenziale) non deve essere inteso *in senso meramente formalistico*, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché si tratti di elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i mezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica, che non consentano cioè in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica ovvero consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3609).

Ne discende che il divieto di commistione va apprezzato *in concreto* e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla concluzione degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284).

Nel caso di specie, come condivisibilmente ritenuto dal primo giudice, l'elemento "tempo" rivestiva un ruolo marginale nell'attribuzione del punteggio da attribuire all'offerta economica, poiché il bando all'art. IV punto 2.1 attribuiva il valore ponderale di 5 all'elemento "durata della concessione", piuttosto marginale rispetto al complessivo punteggio pari a 40 per il contenuto del piano economico finanziario: ed inoltre, in quanto sganciato anche rispetto alla conoscenza, quale effetto moltiplicatore, del canone di concessione offerto dalla ditta in gara, il dato non era, sul piano oggettivo delle eventuali deduzioni univocamente operabili, significativo fino al punto di consentire al seggio di gara di apprezzare, "prima del tempo", la consistenza e la convenienza dell'offerta economica.

3.- Con il secondo motivo, l'appellante lamenta che l'offerta della controinteressata aggiudicataria sarebbe stata incompleta, condizionata o comunque peggiorativa, in quanto: a)

indicava una riduzione del 25% sulle tariffe per i residenti senza, peraltro, quantificarle; b) applicava lo sconto indicato del 25% solo alla cremazione dei cadaveri senza nulla dire sulla cremazione dei resti mortali e dei bambini; c) introduceva un diritto fisso di € 30 per ogni salma al di fuori del Comune, senza determinare la percentuale di aggio che avrebbe trattenuto sugli importi complessivi da versare al concedente; d)

3.1.- Anche tale motivo non è fondato.

L'offerta formulata dalla Cims evidenziava, nel corpo del piano economico-finanziario, le tariffe proposte, operando una distinzione tra "*cadaveri, resti mortali, parti anatomiche riconoscibili, feti e prodotti del concepimento*". In relazione alla categoria "*resti dei residenti*" non prevedeva l'applicazione (fino al numero massimo di venti all'anno) di alcun costo, prevedendosi, nel limite, indicato, la gratuità della prestazione. Nella tabella era riportata la tariffa intera e la percentuale di sconto applicata, variabile dal 10 al 30%.

Per l'effetto: a) l'offerta era chiaramente individuata nei suoi elementi costitutivi, non essendoci equivoco anche in ordine al diritto fisso richiesto per ogni salma tra trasportare fuori del Comune; b) a fronte delle indicazioni poste dalla *lex specialis* (che imponeva, per la partecipazione, solo uno sconto del 10% sulla tariffa relativa ai residenti: art. 1.4 lett j del disciplinare di gara) non poteva riguardarsi quale peggiorativa; c) l'omessa indicazione delle tariffe relative ai bambini era del tutto priva di rilievo, in assenza di esplicita prescrizione, rientrando gli stessi nella categoria generale.

4.- Parimenti infondati sono gli ulteriori profili del ricorso, con i quali l'appellante assume che sarebbe stata consentita un'integrazione della convenzione originariamente proposta.

Come esattamente evidenziato dalla sentenza appellata, nel caso di specie esisteva una clausola di allineamento secondo cui, in mancanza di migliorie, la Commissione avrebbe comunque potuto non escludere la concorrente a condizione che fossero stati mantenuti i criteri minimi stabiliti come inderogabili. Non è luogo a dubitare che gli stessi fossero mantenuti, in quanto: a) il costo della polizza assicurativa, di cui si assume l'omissione, era, in realtà, esattamente indicato nel piano economico finanziario; b) la richiesta di diritto fisso, di cui si è detto, costituiva una obiettiva miglioria, trattandosi di somma da devolvere al concessionario, essendo perciò irrilevante la mancata indicazione della percentuale di aggio.

5.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve ritenersi complessivamente infondato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che liquida in € 4.000,00, oltre

accessori di legge, a favore del Comune di Città Sant'Angelo e in € 4.000,00, oltre accessori, a favore di Cims Cooperativa Intersettoriale Montana di Sassoleone Soc. coop. a r.l..

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