

Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica va inteso in senso relativo e mai assoluto

di Agostino Sola

Data di pubblicazione: 15-1-2022

“Il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica 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 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

Veniva impugnato in sede giurisdizionale il provvedimento di aggiudicazione di un lotto di una procedura di gara aperta disposta ai sensi del previgente quadro normativo di cui all’art. 163/2006 relativa all’affidamento dei servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale.

Il ricorrente, primo in graduatoria in altri e distinti lotti, impugnava l’aggiudicazione di un lotto accessorio in favore di un concorrente la cui domanda di partecipazione, al pari dell’offerta presentata, veniva ritenuta invalida. Secondo la tesi della società ricorrente, l’aggiudicataria non avrebbe pienamente adempiuto agli obblighi dichiarativi, ed inoltre avrebbe inserito nell’offerta tecnica elementi economici.

Da una parte, il primo profilo di doglianza atteneva alla mancata dichiarazione della sanzione amministrativa antitrust comminata dall’AGCM, intervenuta nelle more della procedura in questione.

Per quanto di maggior interesse, il secondo profilo di doglianza atteneva alla violazione del divieto di inserimento di elementi economici all’interno dell’offerta tecnica, nonché dei principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza dell’attività amministrativa, *par condicio* e segretezza delle offerte.

La ricorrente, in buona sostanza, lamentava che l’aggiudicataria avrebbe inserito, in sede di redazione dell’offerta tecnica, un insieme di elementi economici.

Com’è noto, infatti, nella disciplina delle procedure ad evidenza pubblica vige il **divieto di commistione tra elementi dell’offerta tecnica ed elementi dell’offerta economica**.

La *ratio* di tale divieto risiede nella finalità di evitare che la valutazione delle offerte tecniche (svolta in seduta segreta e prima dell'esame dell'offerta economica) sia influenzata da ragioni di convenienza economica.

In questa ottica il divieto è indicato quale attuazione dei **principi di imparzialità e buon andamento** dell'azione amministrativa previsti dall'art. 97 Cost. e dei principi di **libera concorrenza e non discriminazione** tra i concorrenti di cui all'art. 30 d.lgs. n. 50/2016.

La sentenza in commento, tuttavia, si inserisce in un più ampio filone giurisprudenziale secondo il quale tale divieto non va inteso in senso assoluto bensì **relativo**, con riferimento al caso concreto. Qualora si possa assumere **l'inidoneità del dato economico contenuto nell'offerta tecnica** a rappresentare le condizioni economiche dell'operatore, non v'è alcuna violazione dei principi protetti dal divieto in questione.

Nel caso di specie, allora, si è ritenuto che nell'offerta tecnica possano essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari allo scopo di rappresentare le soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara anche e soprattutto in considerazione della natura dell'aggiudicazione. La gara *de qua*, infatti, era finalizzata alla stipula di una convenzione, dalla quale scaturisce l'obbligo in capo al fornitore di accettare, fino a concorrenza dell'importo massimo stabilito, gli ordinativi di fornitura, che rappresentano i contratti di secondo livello sottoscritti dalle amministrazioni che decidano di aderire alla convenzione nel periodo della sua validità.

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, la circostanza per la quale, nell'ipotesi in commento, nell'offerta economica siano stati inseriti elementi economici **non rileva** perché finalizzata a rappresentare solamente la capacità di copertura della società in relazione alle amministrazioni che aderiranno alla richiamata convenzione. Nel dettaglio, la percentuale indicata in sede di offerta tecnica non era stata ritenuta idonea a **rivelare in anticipo rispetto all'apertura dell'offerta economica alcun elemento di quest'ultima**, essendo impossibile risalire ai singoli ribassi offerti su ciascuna delle 27 voci poste a base d'asta della gara.

La sentenza in commento, dunque, ribadisce la necessità che il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica sia 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 ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza, ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi idonei a consentire potenzialmente al sedgio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5959 del 2021, proposto da Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Coopservice Soc. Coop. P. A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Gioacchino Belli 60;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 03256/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e di Coopservice Soc. Coop. P. A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 24 dicembre 2014, Consip S.p.A. ha indetto una procedura aperta ai sensi del d. lgs. n. 163/2006 per l'affidamento dei servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale, suddiviso in 14 lotti: 10 ordinari e 4 accessori, per la durata di 24 mesi per i lotti ordinari e 12 mesi per i lotti accessori, quest'ultima prorogabile per ulteriori 12 mesi.

Tra questi, il lotto n. 14 (accessorio), oggetto del ricorso, ha un complessivo valore totale stimato pari a euro 74.200.200,00 (al netto di IVA o altre imposte).

Il criterio di aggiudicazione previsto era quello offerto economicamente più vantaggiosa, con assegnazione di 60 punti per il profilo tecnico e 40 punti per il profilo economico.

Nell'ambito di tale procedura, la società Dussmann Service S.r.l. (d'ora in avanti, solo Dussmann) ha presentato offerta per i lotti ordinari nn. 2,3,5,6,7 e 10 e per i lotti accessori nn. 11, 12 e 14.

L'appellante è risultata prima in graduatoria in tutti i predetti lotti e aggiudicataria di due ordinari (i nn. 5 e 7) e di due accessori (i nn.11 e 12) ma, in forza del vincolo di aggiudicazione ad un unico operatore economico, Consip ha aggiudicato il lotto n. 14 in favore della controinteressata Coopservice Soc. Coop. P.A. avendo, in base all'art. 2.2 del disciplinare di gara, applicato il suddetto vincolo nei confronti del concorrente Dussmann.

2. Dussmann ha quindi impugnato davanti al T.A.R. Lazio, sede di Roma, il provvedimento (prot. n. 38927 del 29.9.2020) di aggiudicazione del lotto n. 14 in favore di Coopservice S. coop. p. A., nonché *in parte qua* dei verbali di gara nella parte in cui è stata valutata la validità della domanda di partecipazione e dell'offerta presentata da Coopservice (in particolare, del verbale della Commissione di gara del 7.2.2020); ha impugnato altresì la *lex specialis* di gara nell'ipotesi che la stessa sia interpretata come volta a consentire la presentazione nell'offerta tecnica di elementi economici ovvero di elementi difformi o parziali rispetto a quelli previsti dalla legge di gara; e infine, *in parte qua*, i verbali delle sedute riservate con cui il Responsabile del Procedimento ha ritenuto l'attendibilità ed affidabilità dell'offerta formulata Coopservice.

Secondo la ricorrente l'aggiudicataria non avrebbe pienamente adempiuto agli obblighi dichiarativi, ed inoltre avrebbe inserito nell'offerta tecnica elementi economici.

Il T.A.R. del Lazio, con la sentenza gravata nel presente giudizio, pubblicata il 17 marzo 2021, ha rigettato entrambi i motivi di ricorso.

Quanto al primo, il T.A.R. ha ritenuto che *"Premesso che, secondo la consolidata giurisprudenza la circostanza che il concorrente si sia conformato alle indicazioni fornite dalla stazione appaltante nella lex di gara non può ridondare a danno del medesimo, in violazione dei principi di massima partecipazione e di tutela del legittimo affidamento, nel caso di specie va anche evidenziato che l'odierna ricorrente non ha censurato la disciplina della gara laddove prevedeva l'obbligo di dichiarare solo i provvedimenti di condanna passati in giudicato e non anche gli eventuali procedimenti penali pendenti. Ad avviso del Collegio, in assenza di un espresso obbligo prescritto dalla normativa generale e dalla normativa specifica della gara non si comprende per quale ragione il concorrente avrebbe dovuto dichiarare i carichi pendenti, concernenti indagini in corso, presumibilmente ancora parzialmente coperte dal segreto istruttorio, e rispetto alle quali appare particolarmente difficile evincere circostanze univoche sulle quali fondare la valutazione di inaffidabilità del concorrente"*.

Quanto al secondo, la sentenza di primo grado ha osservato che *“attesa la variabilità dei fattori aumentata anche dalla natura accessoria del lotto di cui si controverte, ne discende che appare del tutto condivisibile quanto affermato dalla stazione appaltante circa il fatto che l’indicazione degli importi ipotizzati per gli 8 diversi scenari di convenzionamento proposti rappresenta solo una previsione di saturazione del massimale contrattuale in funzione delle differenti ipotesi di adesione, previsione che avrebbe potuto essere espressa in percentuali, come fatto dalla ricorrente, anziché in euro”*; e che *“attesa la complessità del sistema dei prezzi da offrire che connota l’offerta tecnica – come dimostra la pluralità di ribassi da applicare su basi d’asta unitarie e la previsione di una differenziazione dei prezzi correlata alla tipologia di servizio e alle modalità di esecuzione dello stesso - l’importo indicato nella tabella presente nell’offerta tecnica di Coopservice non appare possa rivelare in anticipo rispetto all’apertura dell’offerta economica alcun elemento di quest’ultima, essendo impossibile risalire, sulla base di un unico importo complessivo di ricavo, ai singoli ribassi offerti su ciascuna delle 27 voci poste a base d’asta della gara. Né la società ricorrente ha dato alcuna dimostrazione in tale senso, limitandosi a ribadire l’esistenza di una commistione tra offerta tecnica ed offerta economica declinata più sotto un profilo formale che sostanziale”*.

3. Con ricorso in appello notificato il 17 giugno 2021 e depositato il successivo 28 giugno, Dussmann Service s.r.l. ha impugnato l’indicata sentenza.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, Consip s.p.a. e la controinteressata Coopservice.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 25 novembre 2021.

4. Il primo motivo di appello (rubricato *“Error in iudicando. Erroneità della sentenza nelle parti in cui ha ritenuto infondate le censure in merito alla violazione dell’art. 38, comma 1, lett. f) e comma 1-ter del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere. Contraddittorietà. Carezza di motivazione. Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. f) e comma 1-ter del d.lgs. n. 163/2006, nonché dell’art. 6 del disciplinare di gara. Violazione dei principi di buona fede e correttezza”*) censura il capo della sentenza gravata che ha ritenuto infondato il motivo del ricorso di primo grado con cui Dussmann contestava l’ammissione alla gara di Coopservice, ritenendo che quest’ultima avrebbe dovuto dichiarare tutti gli elementi incidenti sull’affidabilità del concorrente, e segnatamente tutte le condanne penali ed i carichi pendenti, *“anche qualora la lex specialis di gara non lo stabilisca espressamente”*.

Per quanto concerne l’effettiva portata della causa di esclusione prevista dall’ art. 38.1 lett. f, del d.lgs. 163/2006, sostiene l’appellante che la giurisprudenza ne ha esteso l’applicazione a ogni comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell’operatore economico, senza limitarsi alle sole violazioni di norme di deontologia, in senso stretto, della professione cui esso appartiene, di talché il concetto normativo di *“errore professionale”*, così come contemplato nella norma, deve ritenersi esteso a un’ampia gamma di ipotesi, comunque riconducibili alla negligenza, alla malafede o all’incapacità di assolvere alle prestazioni contrattuali.

Coopservice avrebbe dunque dovuto dichiarare, secondo questa prospettazione, ulteriori

carichi pendenti, ancorché non (ancora) coperti da giudicato (come prescritto dalla *lex specialis*), in ragione della necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali con la PA fin dal momento genetico.

5. Il mezzo è infondato.

In merito alla valutazione della moralità professionale dei concorrenti il disciplinare di gara prevedeva l'obbligo di indicare tutti i provvedimenti di condanna, riferiti a qualsivoglia reato, passati in giudicato, ivi inclusi quelli per cui si è beneficiato della non menzione, fatti salvi esclusivamente i casi di depenalizzazione ed estinzione del reato dopo la condanna stessa, di condanne revocate, di quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione pronunciata dal Tribunale di sorveglianza.

Rispetto a tale, analitica prescrizione della *lex specialis*, non può predicarsene una eterointegrazione ad opera dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Con riguardo a tale disposizione, è pacifico l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui *“nelle procedure a evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto pubblico l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate, anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163 del 2006, comporta senz'altro la sua esclusione dalla gara, perché in tal modo viene impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità: valutazione che ad essa sola compete e che non può esserle potestativamente preclusa dall'autodeterminazione dell'interessato (conformi: Cons. Stato, III, n. 4019/2016; IV, n. 834/2016; V, n. 4219/2016; n. 3402/2016; n. 1641/2016). Perciò, è senz'altro legittima l'esclusione, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006, nel caso dell'omissione della dichiarazione di cui trattasi, che va resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla ritenuta gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete alla sola stazione appaltante (ex multis, Cons. Stato, V, 28 settembre 2015, n. 4511)”* (così, ex multis, Consiglio di Stato, sez. V; sentenza n. 3059/2019).

Nel caso di specie la stazione appaltante ha esercitato tale potere valutativo perimetrando *ex ante* le vicende suscettibili di rivestire rilievo ai fini della valutazione medesima: ed è incontestato che l'aggiudicataria si sia uniformata a tale prescrizione della *lex specialis*, dichiarando i fatti ricadenti nella previsione di quest'ultima ed omettendo quelli che non vi rientrano.

Da tale predeterminazione si evince, quindi, che i concorrenti avrebbero dovuto dichiarare, in ossequio al richiamato art. 38 e alle prescrizioni della legge di gara, unicamente le sentenze passate in giudicato, non rilevando in alcun modo né le sanzioni antitrust né le indagini o i meri rinvii a giudizio.

6. È appena il caso di osservare che non possono trarsi argomenti a sostegno dell'opposta prospettazione dalla dichiarazione di vicende ulteriori rispetto a quelle oggetto della previsione della *lex specialis* (pag. 11 del ricorso in appello), sia perché *quod abundat non vitiat*, sia

perché un eventuale atteggiamento prudente della concorrente in sede di dichiarazione non può evidentemente ridondare in danno della stessa.

Né l'appellante ha censurato in primo grado tale previsione, ponendone in dubbio la validità (e, conseguentemente, l'efficacia): di talché appare preclusa l'applicazione della norma primaria che non consideri il significato e gli effetti della disposizione con cui la stazione appaltante ha inteso specificare l'ambito e la portata degli obblighi dichiarativi.

In tal senso l'eccezione di inammissibilità della censura sollevata sotto questo profilo dalle parti appellate ridonda sul merito della censura medesima, perché la mancata (domanda di) caducazione della previsione legittimante la condotta asseritamente illegittima dell'aggiudicataria, preservando validità ed efficacia di tale condotta, comporta la piena legittimità dell'operato della stazione appaltante che l'ha considerata conforme al regime normativo degli obblighi dichiarativi, come sopra ricostruito.

In ogni caso l'infondatezza nel merito del motivo esime il Collegio dallo scrutinio delle eccezioni preliminari allo stesso sollevate in rito dalle parti appellate.

7. Con il secondo motivo di appello (rubricato "*Error in iudicando. Erroneità della sentenza nelle parti in cui ha ritenuto infondate le censure in merito all'inserimento di elementi economici nella proposta tecnica di Coopservice. Eccesso di potere. Contraddittorietà. Carezza di motivazione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 74 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 2 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione del divieto di inserimento di elementi economici all'interno dell'offerta tecnica, nonché dei principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza dell'attività amministrativa, par condicio competitorum e segretezza delle offerte*") Dussmann deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondata la censura inerente il preteso inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica di Coopservice.

Sostiene l'appellante che sarebbero stati inseriti, in sede di redazione dell'offerta tecnica, alcuni elementi economici che già consentivano orientativamente di stimare e risalire alla complessiva impostazione economica dell'offerta.

Ciò sarebbe precluso dall'art. 2 del disciplinare di gara, nel quale è stabilito che "la presenza nella documentazione contenuta nella busta B di qualsivoglia indicazione di carattere economico relativo all'offerta costituisce causa di esclusione dalla gara".

Sarebbe dunque violato il divieto di "commistione tra offerta tecnica ed economica; e ciò al fine di prevenire il pericolo che gli elementi economici influiscano sulla previa valutazione dell'offerta tecnica, in violazione del principio sotteso alle norme vigenti, di segretezza dell'offerta economica fino al completamento della valutazione delle offerte tecniche" (Cons. Stato, Sez. VI, n. 5928 del 2012).

8. Anche questo motivo è infondato.

Questo Consiglio di Stato ha più volte affermato stabilito che il cd. principio di separazione tra

offerta tecnica ed economica, o divieto di commistione, non va inteso in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara.

Nelle gare pubbliche il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica fa sì che nell'offerta tecnica possano al massimo essere inclusi singoli elementi economici che fanno parte dell'offerta economica o comunque idonei a ricostruire l'offerta tecnica e la fattispecie in esame rientra in tale ipotesi (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3833 del 2021).

Anche secondo la giurisprudenza di questa Sezione il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica va apprezzato in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla conclusione degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica che debbono essere effettivamente tali da 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 (Cons. Stato, III Sez., sentenza n. 2581/2021).

Osserva il Collegio che nel caso di specie dall'indicazione degli importi inseriti nell'offerta tecnica non è dato ricavare l'effettiva portata dell'offerta economica, ma solo la capacità di copertura della società in relazione alle amministrazioni che aderiranno.

Inoltre, ma solo come argomento ulteriore rispetto al dirimente rilievo sopra indicato, come condivisibilmente dedotto da Consip, e come osservato dal primo giudice con argomento che resiste alle critiche dell'appellante, la gara di cui si discute è finalizzata alla stipula di una convenzione: essa è pertanto uno strumento "aperto", paradigmatico del ruolo che l'ordinamento affida alla centrale nazionale di committenza, in quanto rivolto alla generalità delle amministrazioni interessate e che non vincola in alcun modo le stesse all'acquisto di quantitativi minimi o predeterminati di servizi.

Dalla stipula della convenzione scaturisce unicamente un obbligo in capo al fornitore di accettare, fino a concorrenza dell'importo massimo stabilito, gli ordinativi di fornitura, che rappresentano i contratti di secondo livello sottoscritti dalle amministrazioni che decidano di aderire alla convenzione nel periodo della sua validità: il che rende impossibile predeterminare a priori quali e quante amministrazioni aderiranno e tantomeno le tipologie di servizi e le relative consistenze che le stesse decideranno di includere negli ordinativi di fornitura.

Anche in questo caso l'infondatezza del mezzo esime dallo scrutinio delle relative eccezioni di inammissibilità.

9. Il ricorso in appello è infondato e come tale deve essere rigettato.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione in favore delle parti appellate delle spese del presente giudizio, liquidate, per ciascuna di esse, in complessivi euro cinquemila/00, oltre accessori come per legge,

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