

La separazione del contenuto delle buste (amministrativa, tecnica, economica) non può essere violata, quand'anche se ne sovverta l'ordine di apertura, pena l'illegittimità dell'aggiudicazione

di Ludovico Astengo

Data di pubblicazione: 25-11-2022

(...) [è] un preciso onere di diligenza delle imprese concorrenti quello di formulare e scandire in modo preciso, corretto e compiutamente cadenzato i termini della propria offerta, tenendo (con rigida prescrizione, peraltro inequivocamente desumibile anche dalla lex specialis) separati non solo gli elementi tecnici da quelli economici (la cui inappropriata commistione sarebbe fonte di potenziale alterazione del corretto apprezzamento della stazione appaltante, potendo condizionare con la sopravvalutazione del dato meramente economico la stima della bontà tecnica della proposta prestazionale), ma anche, e prima ancora, la documentazione amministrativa (preordinata a qualificare, sul piano soggettivo dei requisiti di partecipazione, l'offerente) dalla vera e propria "proposta" (avente i tratti della dichiarazione prenegoziale impegnativa, e che definisce, sul piano oggettivo, la congruità rispetto alle richieste formalizzate negli atti di indizione).

Guida alla lettura

La sentenza in commento torna su di una questione delicata, quella del **contenuto delle buste dell'offerta**, confermando il principio della **rigida separazione** anche laddove si proceda all'inversione dell'ordine di apertura.

Il caso controverso trae origine dal bando di gara indetta dalla società di capitali a totale partecipazione pubblica che gestisce i servizi idrici della Regione Sardegna, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad oggetto la manutenzione di impianti.

All'esito della ricezione delle offerte l'ente aggiudicatore (si tratta infatti di un settore speciale), dopo la prima formulazione di una graduatoria provvisoria, la rettificava sulla scorta dell'apposita istanza formulata da un operatore economico in ordine all'applicazione di un criterio relativo all'indicazione di alcuni prezzi per ricambi.

Insorgeva il concorrente secondo graduato anzitutto per contestare l'errata applicazione del criterio. Su tale punto egli riceveva infine una pronuncia favorevole del Consiglio di Stato il quale, in sede di ottemperanza, offriva precisazioni a proposito delle modalità di attribuzione

dei punteggi.

Il tema controverso risulta tuttavia un altro: in sede di rivalutazione delle offerte sulla scorta di quanto precisato dal Giudice amministrativo in sede di ottemperanza, la Commissione di gara applicava il criterio controverso nei confronti di colui che sarebbe risultato primo graduato senza considerare che il “frammento” di offerta economica da valutare si trovava nella busta amministrativa. In altri termini, la censura riguarda la corretta **separazione contenutistica delle buste dell’offerta**.

Com’è noto, l’**art. 83 del D. Lgs. 50/2016** circoscrive i criteri di selezioni alle tre componenti dell’offerta, quella amministrativa di idoneità professionale, quella economica e quella tecnica. Ciò significa che nell’attribuzione dei punteggi tale è l’orizzonte cognitivo della stazione appaltante.

Quanto alla **scansione temporale**, accanto alla regola generale che ritiene imprescindibile la preventiva verifica di assenza di cause di esclusione in capo all’offerente si è fatta strada l’eccezione, prevista per i settori speciali ex art. 133, comma 8 D. Lgs. 50/2016 (e generalizzata sino al 31.12.2021 nei settori ordinari in caso di procedura aperta sopra-soglia), di **anticipare la valutazione dell’offerta economica** rispetto alla verifica di idoneità professionale.

La *ratio* è evidente: velocizzare la formazione della graduatoria salvo poi verificare l’assenza di cause di esclusione in capo al solo aggiudicatario. Tuttavia non sono mancate le critiche, soprattutto di fronte alla tendenza generalizzante, di quanti (l’ANAC anzitutto) hanno lamentato il rischio di formare una graduatoria inaffidabile, soprattutto in caso di criterio del prezzo più basso dove la soglia di anomalia si calcola sul valore delle offerte pervenute. Sarebbe infatti contrario ai principi concorrenziali valorizzare, per la formazione della soglia, offerte di operatori poi rivelatisi inidonei.

Come che sia, il caso di specie verte non già sulla corretta scansione procedimentale dell’apertura delle buste giacché invece, nei settori speciali come quello idrico di cui trattasi, la prevista facoltà di inversione è rimasta in vigore nella norma citata. Ciò che invece convince il Consiglio di Stato in ordine alla fondatezza del gravame è la **illegittima commistione tra contenuti delle diverse buste**. Altro è, infatti, anticipare l’analisi dei prezzi rispetto alla verifica di idoneità degli operatori. Altro, come nel caso di specie, lasciare nella busta amministrativa una componente economica dell’offerta, oggetto dunque di valutazione (in questo caso) successiva.

Osserva sul punto la sentenza come tale circostanza “**impinge, pregiudizialmente, contro il generale divieto di commistione tra le diverse componenti (amministrativa, tecnica, economica) della proposta negoziale, la cui ordinata e progressiva scansione acquisitiva è ispirata non solo da una mera e formale ragione ordinatoria, ma è preordinata ad una sostanziale garanzia di trasparenza ed imparzialità dell’operato delle stazioni appaltanti, potenzialmente compromesso dalla acquisizione – separata, anticipata o posticipata – di elementi di valutazione**”.

Tale garanzia attiene anzitutto al **rapporto tra elementi tecnici ed economici**, “*la cui inappropriata commistione sarebbe fonte di potenziale alterazione del corretto apprezzamento della stazione appaltante, potendo condizionare con la sopravvalutazione del dato meramente economico la stima della bontà tecnica della proposta prestazionale*”.

Ma riguarda, ancora di più e prima ancora, la primaria esigenza di **separare “la documentazione amministrativa** (preordinata a qualificare, sul piano soggettivo dei requisiti di partecipazione, l’offerente) **dalla vera e propria “proposta”** (avente i tratti della dichiarazione prenegoziale impegnativa, e che definisce, sul piano oggettivo, la congruità rispetto alle richieste formalizzate negli atti di indizione).

Circostanza, quest’ultima, che non si è verificata nel caso in esame dove invece “è effettivamente accaduto che il riconoscimento del punteggio relativamente al subcriterio C.2. (...) sia stato elaborato attraverso la commistione dei dati emergenti dalle diverse buste, che **avrebbero dovuto** – nei sensi chiariti – **essere formalmente aperte e sostanzialmente valutate non solo separatamente, ma anche nella prefigurata e scandita sequenza**”.

Da cui l’accoglimento del gravame con annullamento degli atti di gara.

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 3148 del 2022, proposto da

Deltapi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Silvio Pinna, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Giorgio Carta in Roma, al viale Parioli, n. 47;

contro

Abbanoa S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Rossi, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

On Technology S.r.l., So.T.Eco. S.p.A., R.D.R. S.r.l., , I.E.M. - Industria

Elettromeccanica Mediterranea S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sez. I, n. 227/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Abbanoa S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Pinna e Pirone e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza discussione, depositata dall'avvocato Rossi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determinazione n. 358 del 5.6.2018, Abbanoa s.p.a. disponeva di procedere all'indizione di procedura aperta, per l'affidamento, con accordo-quadro e giusta il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del rapporto qualità/prezzo, del *"servizio di riparazione e manutenzione conservativa delle apparecchiature meccaniche, elettriche ed elettromeccaniche installate negli impianti di potabilizzazione e delle dighe"*, suddiviso in tre lotti, per un importo complessivo stimato a base di gara pari a € 910.000,00 per il lotto 1, € 644.058,60 per il lotto 2 e € 799.058,60 per il lotto 3, con esclusione di IVA e oneri di sicurezza da interferenza non soggetti a ribasso. Con la medesima determinazione, approvava il bando, il disciplinare di gara e la relativa modulistica allegata, nonché il capitolato speciale descrittivo e prestazionale. Con successiva determinazione n. 414 del 29 giugno 2018 disponeva, a parziale rettifica, che ciascun concorrente potesse concorrere per più lotti, ma risultare aggiudicatario fino ad un massimo di due lotti, *"partendo da quello con importo maggiore a base di gara e procedendo in ordine decrescente"*.

All'esito della acquisizione e della apertura delle relative buste – con inversione delle operazioni di gara ex art. 133, comma 8 d. lgs. n. 50/2016 e, per tal via, con posticipazione della apertura della busta A, contenente la documentazione amministrativa – la Commissione all'uopo nominata procedeva alla loro valutazione comparativa e, quindi, alla elaborazione della graduatoria finale, che vedeva collocata al primo posto Deltapi s.r.l., per il lotto 1, e IEM s.r.l., per i lotti 2 e 3. Sennonché, la Commissione, in luogo di procedere alla ultimazione delle operazioni di gara ed alla comunicazione dei relativi esiti, riteneva di dover aggiornare i propri lavori per valutare il contenuto di una comunicazione, pervenuta via pec, con la quale il concorrente raggruppamento capeggiato da RDR s.r.l. aveva sollecitato una *“revisione [del] criterio di assegnazione [del] punteggio al sub c-2”*.

Nella successiva seduta, in accoglimento della ridetta istanza, la Commissione procedeva al ricalcolo del punteggio per i ricambi di cui al subcriterio C2. Ne scaturiva una diversa graduatoria provvisoria, nella quale Deltapi s.r.l. era retrocessa alla seconda posizione per il lotto n. 1 ed alla terza posizione per i lotti nn. 2 e 3, non riuscendo più ad aggiudicarsi alcuno di essi.

Con determinazione n. 398 dell'8 agosto 2019, la graduatoria, così come revisionata, veniva definitivamente approvata, con pedissequa aggiudicazione dei lotti.

2.- Avverso gli esiti della procedura insorgeva, con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Sardegna, Deltapi s.r.l., sul critico assunto della illegittima ed inammissibile introduzione postuma di nuovi criteri di valutazione del subcriterio C2 dell'offerta economica, relativamente a ricambi delle marche per cui la stessa non aveva allegato all'offerta economica né i listini, né la documentazione alternativa prescritta dall'art. 16 del disciplinare.

Nel contraddittorio delle parti, con sentenza n. 894/2019, il TAR adito respingeva il ricorso, argomentando nel senso che i criteri introdotti dalla Commissione non avessero la contestata portata innovativa, ma meramente interpretativa delle disposizioni del disciplinare di gara.

3.- La decisione era, nondimeno, riformata dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 6368 del 21 ottobre 2020, la quale, nell'annullare gli atti di gara, prefigurava l'obbligo, per la stazione appaltante, di rivalutare, in via di conformazione al giudicato, le offerte economiche delle imprese partecipanti *“senza più dare applicazione alla casistica definita nel punto 2 del verbale del 15 marzo 2019 della commissione di gara, ai fini dell'attribuzione del punteggio per il subcriterio c2”*.

4.- Abbanoa SpA, appellata soccombente nel giudizio d'appello, presentava ricorso ai sensi dell'art. 112, comma 5 cod. proc. amm. per ottenere chiarimenti in ordine alla esatta ottemperanza alla sentenza e, all'esito della relativa fase processuale, con sentenza n. 3074 del 14 aprile 2021, il Consiglio di Stato chiariva, a riscontro dell'istanza, che *“la commissione giudicatrice [avrebbe dovuto] rivalutare le offerte economiche degli operatori concorrenti secondo le indicazioni già contenute nel disciplinare di gara, ossia valutando i ribassi offerti sulle marche di cui all'allegato 2, non solo per il caso di allegazione di listino, ma anche per il caso di mancata allegazione del listino, a condizione che [fosse stata] presentata una dichiarazione sostitutiva del costruttore attestante l'assenza di listino ovvero una dichiarazione*

del concorrente attestante l'impossibilità di produrre il listino per mancata risposta del produttore", il tutto nel rispetto dell'art. 16 del disciplinare.

5.- A questo punto, la reinsediata Commissione di gara procedeva alla rivalutazione delle offerte sulla scorta delle riassunte prescrizioni e, alla seduta di cui al verbale n. 2 del 26 luglio 2021, mantenute ferme le valutazioni e i punteggi già assegnati alle offerte tecniche, riconsiderava le offerte economiche delle concorrenti solo quanto al subcriterio C2 e, per l'effetto, attribuiva il relativo punteggio, per tutti i lotti in contestazione, al raggruppamento R.D.R. s.r.l., e ciò a dispetto delle rimostranze del rappresentante di Deltapi s.r.l., che aveva criticamente evidenziato come le (pertinenti) dichiarazioni di "indisponibilità" dei listini fossero state bensì allegata, ma non all'offerta economica (di cui alla busta C), ma alla documentazione amministrativa (nella busta A).

Con propria pec del 15 ottobre 2021, Deltapi srl – lamentando la violazione dell'art. 16 del disciplinare di gara, come interpretato dai predetti pronunciamenti del Consiglio di Stato – formulava all'ente appaltante istanza di annullamento in autotutela delle rinnovate operazioni di gara.

Con determinazione n. 137 del 16 dicembre 2021, venivano approvati gli atti della Commissione e la proposta di aggiudicazione dalla stessa formulata, e, di conserva, l'appalto veniva definitivamente aggiudicato al raggruppamento R.D.R. s.r.l. (per i lotti 1 e 3) e alla IEM s.r.l. (il lotto 2).

6.- Avverso i nuovi, e sfavorevoli, esiti della riattivata gara insorgeva, con nuovo gravame dinanzi al TAR per la Sardegna, Deltapi s.r.l., che ribadiva l'assunto della illegittima valorizzazione delle dichiarazioni alternative alla allegazione dei listini, in quanto collocate all'interno della documentazione amministrativa e non dell'offerta economica. Nella resistenza di Abbanoa SpA e del controinteressato raggruppamento RTI R.D.R. s.r.l., con sentenza n. 227/2022, il TAR adito respingeva il ricorso.

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

Alla camera di consiglio del 12 maggio 2022, fissata per la definizione della istanza cautelare, la causa, previo avviso fattone alle parti, veniva riservata per la decisione nel merito.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e va accolto.

2.- Con unico ed articolato motivo di ricorso, Deltapi s.r.l. ha censurato l'illegittimità dell'operato della Commissione di gara (e del pedissequo avallo giudiziale) laddove la stessa, nel procedere alla riedizione delle operazioni di gara a seguito dell'annullamento delle precedenti

operazioni, e nonostante i chiarimenti chiesti ai sensi dell'art. 112, co. 5, c.p.a. e resi con sentenza n. 3073/2021, avrebbe nuovamente violato, come già fatto in precedenza, le prescrizioni di cui agli artt. 16 e 17.3 del disciplinare di gara.

In sostanza, assumeva che la Commissione avesse illegittimamente premiato, a tutto vantaggio della controinteressata, la scontistica offerta per i ricambi, senza che fosse allegato, nella busta relativa all'offerta economica, né il prescritto listino dei prezzi, né una dichiarazione alternativa (per contro depositata, ma in modo asseritamente inammissibile, nella busta A, relativa alla documentazione dei requisiti di carattere generale).

2.1.- Il motivo è fondato.

2.1.1.- Importa premettere che, nel respingere il ricorso, la sentenza appellata ha ritenuto:

a) che, all'esito del contenzioso *inter partes* e dei chiarimenti resi ai fini della esatta ottemperanza, la Commissione si fosse correttamente attenuta alla direttiva "*di procedere alla rivalutazione delle offerte economiche per il sub-criterio di valutazione dell'offerta economica "Sub – C2", senza più dare applicazione alla casistica definita nel punto 2 del verbale del 15 marzo 2019*" e, segnatamente, di "*valorizzare i ribassi offerti da ciascun concorrente sulla base della documentazione allegata all'offerta, ossia listino del produttore, dichiarazione attestante l'assenza di listino ovvero dichiarazione del concorrente attestante l'impossibilità di produrre il listino per mancata risposta del produttore, così come precisato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3073/2021*";

b) che, peraltro, le decisioni rese in fase di gravame (d'appello e di chiarimenti) non si erano soffermate, nello stigmatizzare il pregresso operato della stazione appaltante, sullo specifico aspetto relativo "*a quale dovesse essere la busta contenente le dichiarazioni da valutare*";

c) che, per questo profilo, sul quale si era innestato il nuovo contenzioso, non ci fossero ragioni per non tenere per ferma, in quanto non attinta dagli esiti di riforma, la decisione n. 894 del 17 dicembre 2019, la quale aveva affrontato espressamente la censura proposta sul punto dalla ricorrente, rimasta assorbita in fase di gravame;

d) che, con la ridetta sentenza, aveva già statuito l'infondatezza della doglianza, sull'assunto che – nella preliminare considerazione del carattere ambiguo delle prescrizioni disciplinari, tali da legittimare "*diverse possibili interpretazioni*" ed a fronte, con ciò, di una legge di gara "*priva di indicazioni univoche in merito all'esatta collocazione delle dichiarazioni sostitutive relative ai listini*" – la scelta di consentire la valorizzazione (anche) delle dichiarazioni inserite nella busta A trovasse fondamento "*nei principi generali che informano le procedure concorsuali, ed in particolare nel principio del favor participationis*";

e) che, in definitiva, garantendo l'attribuzione del punteggio alla scontistica offerta indipendentemente dall'individuazione della "*busta*" (A o C) all'interno della quale la documentazione sostitutiva fosse stata effettivamente inserita, la Commissione di gara (e, con essa, la stazione appaltante) non avessero violato alcun inderogabile principio, né si fossero messi in contrasto con la formale disciplina di gara.

2.1.2.- Il Collegio non condivide l'assunto.

In via preliminare, occorre osservare che, sulla questione controversa, non si è formato alcun giudicato (che precluderebbe, in via pregiudiziale, la stessa ammissibilità del ricorso): l'annullamento della sentenza, da parte della decisione assunta in seconde cure, ha travolto integralmente gli atti di gara, prefigurandone la riedizione conformativa, sicché il dichiarato assorbimento dei motivi, peraltro ritualmente riproposti in via di devoluzione, non ha sortito l'effetto di consolidare il difforme capo di sentenza, ma ha solo lasciato impregiudicata, in relazione ai potenziali ed eventuali esiti della rinnovazione procedimentale, la relativa questione.

Del resto, opinare diversamente significherebbe conculcare in modo significativo il diritto di difesa dell'appellante, che – senza aver conseguito una decisione nel merito di censure ritualmente formulate, perché assorbite nei sensi rammentati – dovrebbe subire una preclusione alla loro riproposizione, senza rimedio sul piano processuale.

Nel merito, contrariamente all'avviso del primo giudice, la circostanza che, in sede di elaborazione e formalizzazione della documentazione amministrativa (busta A) l'appellante abbia, di fatto, implausibilmente "*anticipato*" (ovvero, più correttamente, "*posticipato*", avuto riguardo alla operata inversione procedimentale) la documentazione e le dichiarazioni inerenti il possesso dei requisiti richiesti a fini premiali (destinata ad essere valutata nell'ambito dell'offerta economica (busta C), impinge, pregiudizialmente, contro il generale divieto di commistione tra le diverse componenti (amministrativa, tecnica, economica) della proposta negoziale, la cui ordinata e progressiva scansione acquisitiva è ispirata non solo da una mera e formale ragione ordinatoria, ma è preordinata ad una sostanziale garanzia di trasparenza ed imparzialità dell'operato delle stazioni appaltanti, potenzialmente compromesso dalla acquisizione – separata, anticipata o posticipata – di elementi di valutazione. Più in generale, del resto, deve ritenersi che sia un preciso onere di diligenza delle imprese concorrenti quello di formulare e scandire in modo *preciso, corretto e compiutamente cadenzato* i termini della propria offerta, tenendo (con rigida prescrizione, peraltro inequivocamente desumibile anche dalla *lex specialis*) separati non solo gli elementi tecnici da quelli economici (la cui inappropriata commistione sarebbe fonte di potenziale alterazione del corretto apprezzamento della stazione appaltante, potendo condizionare con la sopravvalutazione del dato meramente economico la stima della bontà tecnica della proposta prestazionale), ma anche, e prima ancora, la documentazione amministrativa (preordinata a qualificare, sul piano *soggettivo* dei requisiti di partecipazione, l'offerente) dalla vera e propria "*proposta*" (avente i tratti della dichiarazione prenegoziale impegnativa, e che definisce, sul piano *oggettivo*, la congruità rispetto alle richieste formalizzate negli atti di indizione). Nel caso in esame, è effettivamente accaduto che il riconoscimento del punteggio relativamente al subcriterio C.2. (per il quale, in preciso adeguamento alla direttiva conformativa della sentenza resa *inter partes*, era necessario il *contestuale* vaglio comparativo dei *listini* assunti a parametro per i ribassi proposti, salva la attestazione, parimenti contestuale, della impossibilità di allegazione degli stessi, in quanto inesistenti) sia stato elaborato attraverso la commistione dei dati emergenti dalle diverse buste, che avrebbero dovuto – nei sensi chiariti – essere *formalmente* aperte e *sostanzialmente* valutate non solo separatamente, ma anche nella prefigurata e scandita sequenza.

3.- Alla luce delle complessive considerazioni che precedono, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere consequenzialmente accolto il ricorso di primo grado, con annullamento degli atti di gara. La attuale e perdurante possibilità di esiti conformativi preclude l'esame della articolata domanda di risarcimento del danno per equivalente, di per sé subordinata alla impossibilità di conseguire in forma specifica una nuova aggiudicazione.

Le peculiarità della vicenda procedimentale, e la relativa novità delle questioni esaminate inducono alla integrale compensazione, tra le parti costituite, delle spese del doppio grado di giudizio.

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, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso di primo grado, annullando i provvedimenti impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022.