

**APPALTI: Amministrazione pubblica - Procedure di gara - Esclusione - Divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica.**

**Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6308**

- in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, pag. 396, con nota di Mariano Protto, *L'inquinamento delle offerte e principio di ragionevolezza*.

*“[...] il divieto di commistione tra offerta economica ed 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’art. 97 Cost., 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 prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull’offerta tecnica [...].*

*[...] Nella fattispecie in esame, pur trattandosi di voci di prezzo attinenti alla proposta migliorativa, le stesse assumono una rilevanza proprio nella valutazione della più vantaggiosa soluzione migliorativa, determinando un condizionamento in sede di valutazione delle medesime [...].”*

**FATTO**

1.- La Rotice Antonio s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 19 marzo 2020, n. 429 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, che ha accolto il ricorso della Cosmic Impianti s.r.l. avverso la determinazione dirigenziale del responsabile del settore appalti e contratti della Provincia di Foggia n. 1070 in data 5 luglio 2019, di aggiudicazione alla Rotice Antonio s.r.l. della procedura aperta telematica per l’affidamento della “*opera ingegneristica per la mitigazione del rischio idraulico-ponte di via Cervaro-Vallecola di San Lazzaro*”.

Il Comune di Manfredonia, per il tramite della stazione unica appaltante della Provincia di Foggia, ha indetto la predetta procedura telematica con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

All’esito della gara la Rotice Antonio s.r.l. è risultata prima graduata con il punteggio complessivo di 92,633 (di cui 75,013 per l’offerta tecnica, 7,62 per il prezzo e 10 per il tempo), mentre la Cosmic Impianti s.r.l. si è classificata al secondo posto con il punteggio di 91,931 (di cui 77,211 per l’offerta tecnica, 6,85 per il prezzo e 7,87 per il tempo).

Con il ricorso in primo grado la società Cosmic, dopo avere presentato istanza di revoca in autotutela dell'aggiudicazione, disattesa dalla Commissione con il verbale di gara del 10 settembre 2019, ha impugnato l'aggiudicazione in favore della Rotice, nell'assunto che quest'ultima avesse inserito nel computo metrico non estimativo, contenuto nella busta "B" recante l'offerta tecnica, alcune voci di prezzo, ed in particolare i costi di una sola migliona (subcriterio C1 : impianto di monitoraggio delle strutture) ammontante ad euro 22.070,00, in violazione del punto XII del disciplinare di gara, nonché degli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, comportando tale modalità un *vulnus* al principio di segretezza ed al divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica, mediante anticipazione di un elemento concernente l'offerta economica. Ha inoltre censurato le valutazioni trasfuse nell'attribuzione dei punti per l'offerta tecnica, contestando in particolare il subpunteggio di 28/35 per il subcriterio "1.a" per l'inadeguatezza della proposta di miglioramento dell'impianto di pubblica illuminazione stradale mediante corpi illuminanti della AEC serie I-TRON a led (in luogo dei corpi illuminanti tradizionali previsti dal progetto) ed anche della installazione dell'impianto di videosorveglianza a quattro telecamere con funzionamento ed acquisizione dati in remoto (eventualmente riconducibile al subcriterio "1.c"). Ulteriori censure Cosmic ha rivolto all'attribuzione di punti 7,33 per il subcriterio "1.b" alla Rotice, di punti 10,995 per il subcriterio "1.c", di punti 2,335 per il subcriterio "2.a" e di punti 2 per il subcriterio "2.b".

2. - La sentenza appellata, disattese le preliminari eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità, ha accolto, con efficacia assorbente, il primo motivo di ricorso, nell'assunto che la società Rotice ha inserito nel computo metrico non estimativo alcune voci di prezzo per *"fornitura e posa in opera di impianto di monitoraggio dinamico e continuo per ponti comprendente le seguenti fasi e componenti strumentali"*, per un importo di euro 22.070,00, corrispondente a circa il venti per cento della somma delle miglioni offerte (ammontanti ad euro 112.986,50), violando in tale modo la clausola del disciplinare che vietava la quotazione delle lavorazioni. Da ciò è conseguito che *«alla commissione giudicatrice sono stati rilevati anzitempo, in violazione del principio di segretezza delle offerte e del divieto di commistione tra l'offerta tecnica e quella economica, "elementi di convenienza per la stazione appaltante", destinati dalla lex specialis ad essere palesati in documenti diversi (il computo metrico estimativo e l'elenco prezzi), quindi in un momento diverso (e successivo)»*. La sentenza ha dunque ritenuto che il computo metrico estimativo presentato dalla società Rotice rende applicabile la clausola del disciplinare secondo cui *«non saranno considerate valide le proposte [...] in difformità; in tutti i casi così definiti, il punteggio dalla commissione attribuito in relazione ai criteri di valutazione sarà pari a 0 (zero)»*, ciò comportando la

decurtazione dei punti (riferibili al “pregio tecnico-funzionale”) assegnati all’offerta tecnica della Rotice.

3.- Con il ricorso in appello la Rotice Antonio s.r.l. ha criticato la sentenza, ritenendola inficiata dal vizio di ultrapetizione, e comunque dall’erronea applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, anche in relazione a quanto stabilito dalla *lex specialis* di gara; ha inoltre reiterato, quale motivo di appello, l’eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del diniego opposto sull’istanza di autotutela.

4. - Si è costituita in resistenza la Cosmic Impianti s.r.l. puntualmente cotrodeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso in appello; ha altresì riproposto i motivi di primo grado dichiarati assorbiti, ed incentrati essenzialmente sul punteggio tecnico attribuito alla società Rotice Antonio.

5. - All’udienza dell’1 ottobre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello deduce il vizio di ultrapetizione, nella considerazione che il ricorso della Cosmic Impianti aveva lamentato la violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica da parte della società Rotice, indicando dei prezzi nel computo metrico non estimativo, con domanda di esclusione dalla gara, secondo quanto previsto dal punto XII del disciplinare; erroneamente dunque, in difformità della domanda, secondo l’appellante, la sentenza ha ritenuto applicabile la sanzione prevista dalla *lex specialis* per le proposte formulate in difformità, comportante l’attribuzione di un punteggio pari a zero in relazione alla valutazione del “pregio tecnico-funzionale”, con conseguente decurtazione dei punti precedentemente riconosciuti.

Il motivo è infondato.

Va premesso che l’art. 112 Cod. proc. civ., in base al quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, deve intendersi violato, secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, allorchè il giudice alteri *petitum* e *causa petendi* pronunciandosi in merito ad un bene diverso da quello richiesto, neppure implicitamente compreso nella domanda o qualora ponga a fondamento della decisione fatti o situazione estranei alla materia del contendere, introducendo nel processo una *causa petendi* nuova o diversa rispetto a quella contenuta nella domanda; è invece a lui consentito l’esame di una questione non espressamente formulata qualora questa debba ritenersi tacitamente proposta, in quanto in rapporto di necessaria connessione o compresa in quelle espressamente formulate; naturalmente spetta al giudice interpretare la domanda proposta, tenendo presente il contenuto sostanziale della domanda (*petitum* e *causa petendi*) quale desumibile dagli atti del giudizio e dalle allegazioni delle parti, ma senza sostituire alla domanda proposta una

diversa domanda, cadendo altrimenti nella pronuncia *ultra* od *extra petita* (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1419).

Nel caso di specie il giudice di prime cure si è correttamente attenuto alla domanda sottoposta alla sua cognizione e la pronuncia non è andata *ultra* od *extra petita*, atteso che il motivo di ricorso atteneva, tra l'altro, alla violazione dell'art. XII del disciplinare di gara, contenente la disciplina della busta "B" relativa all'offerta tecnica, e prescrivente che nella stessa dovevano essere contenute, a pena di esclusione, le proposte progettuali predisposte sulla base delle indicazioni e prescrizioni contenute nel C.S.A., ed in particolare, *sub* n. 4, «*il computo metrico non estimativo (senza prezzi e importi) contenente l'indicazione delle nuove voci di prezzo e relative quantità di cui alla proposta migliorativa, con la specificazione delle voci sostitutive e di quelle aggiuntive rispetto al progetto posto a base di gara*».

Nel capoverso successivo al punto *sub* 4) viene precisato che «*tutte le eventuali proposte migliorative dovranno, in ogni caso, presentare elementi di convenienza per la Stazione Appaltante; non saranno considerate valide le proposte non adeguatamente motivate e documentate, nonché quelle formulate in difformità; in tutti i casi così definiti, il punteggio dalla Commissione attribuito in relazione ai criteri di valutazione sarà pari a 0 (zero)*».

La violazione dell'art. XII del disciplinare con riguardo al computo metrico non estimativo reso in difformità dal punto 4), e cioè con indicazione, seppure parziale, degli importi, ha dunque correttamente comportato l'attribuzione di un punteggio pari a zero, mentre la previsione di esclusione, contemplata nel primo paragrafo dello stesso art. XII, riguarda il caso di assenza delle proposte progettuali inserite nell'offerta tecnica.

2. - Il secondo, complesso, motivo di gravame critica la sentenza per avere fatto erronea applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica, nell'assunto che la presenza di alcune voci di prezzo nel computo metrico non estimativo delle migliorie, inserite per mero rifiuto, non consentiva alla Commissione di conoscere l'entità del ribasso, né l'offerta economica; peraltro il divieto di inserire i prezzi è posto tra parentesi, a dimostrazione che non si tratti di una prescrizione importante, certamente non assistita dalla comminatoria di una sanzione espulsiva. Allega l'appellante che il principio di segretezza dell'offerta non va inteso formalisticamente in senso assoluto, ma opera solamente allorché l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica rende possibile la ricostruzione dell'offerta economica nella sua interezza. Nella fattispecie, la presenza di alcune voci di prezzo relative all'offerta migliorativa nel computo metrico non estimativo non consentivano di risalire all'entità del ribasso, in quanto le proposte migliorative sono offerte gratuitamente dai concorrenti, nel mentre l'offerta economica

consiste in un ribasso percentuale sull'importo a base d'asta. Censura l'assunto motivazionale secondo cui l'indicazione dei prezzi determina un condizionamento sull'operato della Commissione, che presuppone la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica rispetto a quella tecnica.

Anche tale motivo è infondato.

La sentenza ha anzitutto posto in rilievo che le voci di prezzo erroneamente indicate ammontano ad euro 22.070,00, costituente un non insignificante venti per cento dell'importo delle migliorie, per poi evidenziare che sono stati in tale guisa rivelati alla Commissione giudicatrice elementi di convenienza (delle migliorie) per la stazione appaltante, e ciò è esattamente quanto vuole escludere il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, che risulta pertanto violato, in quanto il bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica non è la lesione, ma il semplice rischio di pregiudizio.

Si tratta dell'enunciazione di un principio consolidato in giurisprudenza, ove si afferma che il divieto di commistione tra offerta economica ed 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'art. 97 Cost., *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 prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 2732).

Tale regola è peraltro chiaramente enucleata dal disciplinare di gara, il cui punto XII, più volte richiamato, al punto *sub* 4), prevede espressamente che il computo metrico non estimativo debba essere senza prezzi ed importi (la circostanza che l'indicazione "*senza prezzi ed importi*" sia parentetica certo non vale a diminuirne la cogenza, ma piuttosto a dimostrare il carattere scontato del requisito). Il disciplinare, come si è *supra* accennato, prevede altrettanto chiaramente che le proposte migliorative formulate in difformità sono sanzionate con l'attribuzione di un punteggio pari a zero.

Peraltro, anche ad accedere, nella prospettiva dell'appellante, ad un orientamento secondo cui il divieto di commistione non deve essere inteso in senso assoluto e meramente formalistico, così da ammettersi che nell'offerta tecnica siano inclusi singoli elementi economici, ciò sarebbe comunque

possibile a condizione che non si arrechi pregiudizio al principio di segretezza delle offerte (come, ad esempio, nel caso di indissolubile inscindibilità degli aspetti di carattere qualitativo con quelli economici).

Ma nella fattispecie in esame, pur trattandosi di voci di prezzo attinenti alla proposta migliorativa, le stesse assumono una rilevanza proprio nella valutazione della più vantaggiosa soluzione migliorativa, determinando un condizionamento in sede di valutazione delle medesime. Né ha pregio l'obiezione del minore punteggio ricevuto per il criterio 1.C dalla Rotice rispetto alla Cosmic Impianti, la quale ha presentato una proposta molto più articolata, non comparabile con quella dell'appellante.

3. - Con il terzo motivo viene poi reiterata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado della Cosmic per mancata impugnazione del provvedimento della Commissione di reiezione dell'istanza di autotutela, asseritamente adottato all'esito di una rinnovata istruttoria ed assistito da ulteriore motivazione rispetto ai verbali di gara.

Il motivo è infondato per le ragioni espresse nella sentenza appellata.

Sull'istanza di revoca (*melius*, annullamento) in autotutela del provvedimento di aggiudicazione, si è espressa in data 10 settembre 2019 la Commissione giudicatrice, confermando le proprie precedenti valutazioni, condivise dal R.U.P., ma tale diniego (anche a prescindere dalla sua natura di conferma propria od impropria) non si è mai tradotto in un provvedimento adottato dal dirigente che ne aveva la competenza, con la conseguenza che non è intervenuto un provvedimento di rilevanza esterna in grado di incidere con efficacia modificativa sul precedente (ed unico) provvedimento di aggiudicazione.

Né può ritenersi che assolva a tale funzione la nota dirigenziale dichiaratamente di "riscontro" in data 17 settembre 2019, indirizzata al difensore della Cosmic; anche perché, diversamente opinando, a quest'ultima non potrebbe che essere attribuito valore, dal punto di vista formale, di atto meramente confermativo.

Del resto, come noto, il potere di autotutela soggiace alla più ampia valutazione discrezionale dell'amministrazione competente e l'istanza di parte ha una portata solamente sollecitatoria, che esclude la configurabilità di un obbligo giuridico di provvedere.

4. - La reiezione del ricorso esime il Collegio dalla disamina dei motivi assorbiti in primo grado ed in questa sede riproposti in via subordinata.

5. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

Le spese di giudizio, come per regola, seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

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 rifusione, in favore della controinteressata, delle spese di giudizio, liquidate in euro quattromila/00 (4.000,00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere