

Pubblicato il 02/08/2021
N. 05645/2021REG.PROV.COLL.
N. 09716/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
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 9716 del 2020, proposto da Habitat Immobiliare S.r.l. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Antonacci Termoidraulica S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Gennaro Rocco Notarnicola, Carlo Tangari e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, alla piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Edil Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide De Vivo, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Foggia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Puzio, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Bari, sez. I, n. 1384/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Edil Costruzioni S.r.l. e del Comune di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2021, tenuta da remoto, il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Tangari, Vagnucci e De Vivo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determinazione dirigenziale n. 1843/2019, il Comune di Foggia indiceva una procedura evidenziale per l'affidamento, con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, dell'appalto dei lavori di adeguamento funzionale della piscina comunale, nell'ambito del programma di riqualificazione urbana denominato “*da periferia a periferia*”.

Nei termini pervenivano sette offerte, tra cui quella formulata dal raggruppamento capeggiato da Habitat Immobiliare s.r.l. e quella proposta dalla Edil Costruzioni s.r.l..

All'esito della valutazione comparativa, la Commissione giudicatrice elaborava la graduatoria, collocando al primo posto, con il punteggio complessivo di 95,796 punti (pari alla somma di 80 punti per il progetto, 10,796 punti per il ribasso indicato, 5,00 per l'elemento tempo), il raggruppamento Habitat Immobiliare, mentre al secondo posto si collocava l'impresa Edil Costruzioni s.r.l. con 84,993 punti (pari alla somma di 68,844 punti per il progetto, 11,149 per il ribasso e 5,00 punti per il tempo).

Per l'effetto, con determinazione dirigenziale n. 870 del 14 luglio 2020, il Comune disponeva l'aggiudicazione dell'appalto a favore dell'odierna appellante.

2.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Puglia, insorgeva Edil Costruzioni s.r.l., che lamentava l'illegittimità della aggiudicazione, proponeva ricorso dinanzi al TAR Puglia, sede di Bari, deducendone, sotto plurimo rispetto, l'illegittimità e, segnatamente, denunciando la asserita violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, alla luce del rilievo che l'aggiudicataria avesse inserito l'indicazione di un codice del tariffario regionale nella descrizione di una delle voci del computo metrico non estimativo facente parte dell'offerta tecnica.

Si costituivano in giudizio, in resistenza, sia la stazione appaltante che Habitat Immobiliare s.r.l., la quale ultima proponeva, per parte sua, ricorso incidentale ad attitudine escludente, con il quale contestava l'ammissione in gara della Edil Costruzioni S.r.l. per avere previsto, nella componente progettuale della propria offerta tecnica, la realizzazione, all'interno del centro natatorio, di un piazzale a parcheggio di 800 mq., in asserito contrasto con il progetto esecutivo posto a base di gara che, oltre a non ammettere varianti progettuali, vietava espressamente tale specifica destinazione per esigenze di sicurezza dell'impianto. Nel rituale contraddittorio delle parti, con sentenza n. 1384 del 6 novembre 2020, il TAR adito respingeva il ricorso incidentale ed accoglieva il primo motivo del ricorso principale, sancendo, per l'effetto, l'annullamento della disposta aggiudicazione, con obbligo conformativo alla stazione appaltante di provvedere all'aggiudicazione dell'appalto seconda graduata, previo esperimento del controllo sul possesso dei requisiti ed eventuale verifica di anomalia dell'offerta.

3.- Con atto di appello, proposto nei tempi e nelle forme di rito, Habitat Immobiliare s.r.l. impugnava la ridetta statuizione, lamentandone la complessiva erroneità e invocandone l'integrale riforma.

Si costituivano in giudizio sia il Comune di Foggia – il quale, nel difendere la correttezza del proprio operato, si rimetteva alle valutazioni del Collegio – sia la controinteressata Edil Costruzioni s.r.l., che contestava la fondatezza del gravame, insistendo per reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 13 maggio 2021, sulle ribadite conclusioni dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e va accolto.

2.- Nell'ordine logico, si impone il previo esame dei motivi di doglianza con i quali l'appellante lamenta l'erroneo accoglimento del ricorso principale di primo grado: e ciò in quanto, per consolidato intendimento, la prospettata infondatezza del gravame principale di prime cure, che va in ogni caso esaminato, renderebbe improcedibile, per carenza di interesse, il ricorso incidentale escludente (cfr. da ultimo Cons. Stato, IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

3.- Con il secondo motivo, l'appellante lamenta, sotto il profilo in questione, *error in iudicando* per violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (art. 19.2 del disciplinare di gara), violazione e/o falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte e del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica.

A suo dire, nell'accogliere il primo motivo del ricorso di primo grado – sull'argomentato assunto che l'operata indicazione, nel corpo del computo metrico non estimativo, del prezzo relativo alla voce "*fornitura e posa in opera di impianto fotovoltaico*" e della quantità dei pannelli avrebbe consentito di calcolare agevolmente il costo dell'opera, con ciò influenzando, in ragione della abusiva commistione tra elemento tecnico ed elemento economico, le valutazioni commesse alla Commissione aggiudicatrice – avrebbe trascurato di considerare:

a) che, per un verso, l'indicazione economica riportata nel computo metrico non estimativo allegato all'offerta tecnica del non aveva nulla a che vedere con l'offerta economica, che, ai sensi del disciplinare di gara, consiste solo ed esclusivamente nel "*ribasso offerto, in riferimento al costo dei lavori posti a base d'asta*", sicché in nessun modo dal computo metrico delle migliori, neppure da quello estimativo, si sarebbe potuti risalire all'offerta economica presentata, tanto più partendo da una singola voce, per giunta coincidente con il prezzo unitario lordo a listino, liberamente consultabile ed acquisibile;

b) che, per altro verso e per consolidato intendimento, la commistione di elementi dell'offerta tecnica con quella economica non recherebbe, in ogni caso, un concreto e rilevante pregiudizio al principio di segretezza delle offerte, le volte in cui gli elementi di quest'ultima anticipati nella prima avessero, come asseritamente nella specie, carattere del tutto marginale rispetto alla base d'asta ribassabile.

3.1.- Il motivo è fondato.

Giova premettere, richiamando una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, che il *principio di separazione* tra offerta tecnica ed offerta economica (che impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale) trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione *di carattere automatico* possano influenzare la valutazione degli elementi *discrezionali*: costituisce, con ciò, presidio all'attuazione dei principi di *imparzialità* e *buon andamento* dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'*iter* che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

Il principio si declina in una triplice regola, per cui: a) la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere *necessariamente inserite in buste separate* e idoneamente sigillate,

proprio al fine di evitare la ridetta commistione; b) è precluso ai concorrenti l'inserimento di *elementi economico-quantitativi* all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa); c) l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica.

Invero, la conoscenza di elementi economici da parte della Commissione di gara, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, che precede quella di valutazione dell'offerta economica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della Commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della Commissione stessa.

Nondimeno, per consolidato intendimento, il principio e le relative regole operative trovano applicazione, *propter tenorem rationis*, nei soli in casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, il che accade, appunto, solo laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale articolata dagli operatori economici in concorrenza) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta) e, dunque, soltanto allorché il criterio di aggiudicazione (che ingloba entrambi i profili) sia – come nella specie – quello della «*offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*» (art. 95, 2° comma, d.leg. n. 50 del 2016): la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone, in effetti, che la tutela si estenda a coprire non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo.

Il divieto in parola, peraltro, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara, attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica, a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara; in particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, III, 9 gennaio 2020, n. 167): è, perciò, ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica o purché non venga anticipatamente reso noto il «*prezzo*» dell'appalto.

Con ciò, in definitiva, il divieto di commistione non va inteso né *in senso assoluto*, né *in senso formalistico*, ben potendo nell'offerta tecnica essere contenuti «*elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica*» (Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 273; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., III, 12 luglio 2018, n. 4284; Id., III, 3 aprile 2017 n. 1530).

Ciò posto, nel caso di specie per cui, il valore riportato nel computo metrico non estimativo delle migliori non rappresentava il costo realmente sostenuto dall'appellante per la migliororia considerata («*impianto fotovoltaico*»), ma solo il «*Prezzo Unitario rif. Listino OO.PP. Puglia 2019 = 5400/3 = 1800 euro*», cioè a dire la mera descrizione della «*voce EA.002.03I*», riportata nel prezzario della Regione Puglia.

Trattandosi, con ciò, di una voce di listino, per di più liberamente consultabile da chiunque, non può ritenersi, in concreto, che essa anticipasse né il contenuto né dell'offerta economica (ancorato, semmai, al complessivo ribasso offerto), né tanto meno l'effettivo costo della specifica migliororia considerata (impianto fotovoltaico): sicché deve escludersi, come correttamente ritenuto dalla stazione appaltante, che si trattasse di indicazione idonea a condizionare le valutazioni rimesse alla commissione giudicatrice in ordine alla qualità dell'offerta tecnica.

4.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve ritenersi fondato, con assorbimento di ogni altro rilievo. Ne discende, in riforma della sentenza impugnata, la reiezione del ricorso principale di primo grado e l'improcedibilità, per carenza di interesse, del ricorso incidentale ivi proposto.

Le peculiarità della fattispecie suggeriscono una regolazione del complessivo carico delle spese nei sensi della integrale compensazione, per il doppio grado.

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 impugnata, respinge il ricorso principale di primo grado dichiara improcedibile il ricorso incidentale di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 20020, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO