

bblicato il 14/03/2022

N. 01785/2022REG.PROV.COLL.

N. 00079/2022 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 79 del 2022, proposto da Ss Romulea Società Sportiva Dilettantistica A.r.l. in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I., con SSD Audace Savoia Talento & Tenacia, ASD W3 Roma Team, Centro Provinciale Libertas di Roma EPS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Segato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Panama n. 68;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Memeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Nea Ostia Rugby A.S.D., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Fantini, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alberto Fantini Tonucci & Partners in Roma, via Principessa Clotilde, 7;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 13384/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento, previa adozione delle opportune misure cautelari:

- della nota in data 10.9.2021 con cui il RUP ha comunicato alla Romulea Società sportiva dilettantistica a.r.l., in qualità di capogruppo del costituendo R.T.I. con la SSD Audace Savoia Talento & Tenacia, ASD W3 Roma Team e Centro Provinciale Libertas di Roma EPS, l'esclusione dalla gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'impianto sportivo capitolino denominato "Stadio Giannattasio", sito in Roma, via Mar Arabico/via Mar dei Coralli, 120 (Codice NUTS: IT43 – CIG: 8757838C89) indetta da Roma Capitale - Dipartimento Sport e Politiche Giovanili – U.O. Gestione Impianti;
- del verbale di gara del 8.9.2021, trasmesso dal RUP con la nota del 10.9.2021, recante l'esclusione del costituendo R.T.I.;
- ove occorra dell'art. 22, ultimo capoverso, del Disciplinare di gara;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Nea Ostia Rugby A.S.D.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 21 maggio 2021, Roma Capitale- Dipartimento Sport e Politiche Giovanili – U.O. Gestione Impianti, indiceva una procedura aperta, con modalità telematica, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'impianto sportivo denominato 'Stadio Giannattasio', sito in Roma, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. 50/2016.

L'importo del canone di concessione posto a base di gara, originariamente previsto in euro 129.600,00, veniva successivamente rettificato in euro 64.800,00. Nella busta 'B-Offerta Tecnica' i concorrenti dovevano produrre una proposta gestionale tecnico- amministrativa dei servizi offerti articolata sulla base dei seguenti elementi di valutazione: a) programma di gestione: punti 15; b) programma di didattica sportiva: punti 20; c) progettualità ed attività di carattere ricreativo ludico sportivo: punti 15; d) programma di manutenzione: punti 20.

Alla gara partecipavano due soli concorrenti: il costituendo R.T.I. con capogruppo SS Romulea Società sportiva dilettantistica a responsabilità limitata e SSD Audace Savoia Talento & Tenacia, ASD W3 Roma Team, il Centro Provinciale Libertas di Roma EPS e la Nea Ostia Rugby ASD.

All'esito della valutazione delle offerte, il RUP, con nota del 10.9.2021, comunicava al costituendo R.T.I. l'esclusione dalla gara, in quanto la Commissione giudicatrice aveva rilevato che all'elaborato contenente la descrizione del progetto era stato allegato il computo metrico estimativo del campo sportivo, per l'importo pari ad euro 200.665,48, e il piano di manutenzione, per un importo pari ad euro 236.250,00, in violazione dell'art. 22 del Disciplinare di gara.

2. SS Romulea, in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo R.T.I., impugnava il provvedimento di esclusione dinanzi al Tribunale amministrativo

regionale per il Lazio, denunciandone l'illegittimità, sulla base del rilievo che l'indicazione all'interno della busta B, contenente l'offerta tecnica, dei costi di manutenzione e del computo metrico estimativo, oltre ad essere necessaria per effetto di quanto previsto dall'art. 4 del Capitolato prestazionale, non consentiva in alcun modo di ricavare il contenuto dell'offerta economica e, quindi, non violava il principio di segretezza delle offerte.

3. Il Tribunale amministrativo regionale, con sentenza n. 13384 del 23 dicembre 2021, respingeva il ricorso, ritenendo che l'art. 22 del Disciplinare di gara non si era limitato genericamente a vietare l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi di quantificazione economico e/o finanziario, senza perciò effettuare una valutazione in concreto, ma aveva specificamente previsto che nell'offerta tecnica non fossero indicati i costi di manutenzione. Il giudice di prima istanza evidenziava, altresì, che la mera possibilità che la Commissione potesse apprezzare elementi economici dell'offerta economica nella fase di valutazione dell'offerta tecnica, era suscettibile di determinare un condizionamento tale da alterare l'imparzialità dell'operato della stessa.

4. Avverso tale decisione SS Romulea Società sportiva dilettantista a.r.l., in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I., interpone appello, con richiesta di adozione di misure cautelari, articolando due motivi di censura e denunciando:

a) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del Capitolato tecnico e dell'art. 22, ultimo capoverso, del Disciplinare di gara;* b) *Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, e del principio del favor participationis.*

Secondo l'appellante, l'indicazione dei costi di manutenzione contenuta nel Programma di manutenzione facente parte del piano gestionale non era suscettibile di violare il principio della segretezza dell'offerta, dal momento che non consentiva in alcun modo di ricostruire l'offerta economica, la quale doveva essere espressa

mediante l'indicazione dell'importo al rialzo percentuale offerto sul canone di gestione di euro 64.800,00 posto a base di gara.

4.1. Roma Capitale e Nea Ostia Rugby A.S.D. si sono costituite in resistenza, chiedendo il rigetto dell'appello. Nelle more del giudizio, dopo le verifiche ex art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, con Determinazione Dirigenziale n. 393 del 31 dicembre 2021, la Stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione definitiva della procedura di gara in favore di Nea Ostia Rugby A.S.D., che è stata impugnata dall'appellante.

4.3. All'udienza del 17 febbraio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Con il primo motivo di gravame, l'appellante denuncia *error in iudicando* per violazione della *lex specialis* di gara, e del principio del *favor participationis*. L'esponente deduce che l'indicazione dei costi di manutenzione contenuta nel Programma di manutenzione facente parte del piano gestionale non è suscettibile di violare il principio della segretezza dell'offerta, dal momento che non consente in alcun modo di ricostruire l'offerta economica (i.e. il canone di gestione offerto).

Ciò in quanto, l'art. 4 del Capitolato prestazionale posto a base di gara prevede espressamente che il Programma di manutenzione dell'Impianto, facente parte della proposta gestionale da inserire nella busta contenente l'offerta tecnica, debba indicare lo stesso livello di investimenti previsto dal PEF dell'Amministrazione posto a base di gara e, quindi, necessariamente specificare i costi di manutenzione.

L'adito Tribunale avrebbe, inoltre, omesso di considerare che l'art. 22 del Disciplinare di gara ha introdotto una clausola di esclusione in aperto contrasto con la clausola di cui all'art. 4 del Capitolato prestazionale, in tal modo non apprezzando la legittimità dell'operato della società appellante, in linea con l'indirizzo della giurisprudenza secondo cui, a fronte di clausole di dubbia interpretazione, anche

escludenti, occorre procedere ad una interpretazione che favorisca la massima partecipazione alle gare pubbliche a tutela del principio di concorrenza.

6. Con il secondo motivo, si denuncia violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016, e s.m.i. del principio del *favor participationis*. Secondo l'appellante, il Tribunale amministrativo regionale avrebbe errato nel ritenere che l'articolo 22 del Disciplinare di gara non ha introdotto una nuova clausola in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, sostenendo che rappresenta una applicazione, con riferimento alla specifica procedura di gara, del principio di segretezza dell'offerta economica. L'art. 22 cit., invece, laddove prevede, a pena di esclusione, che le buste contenenti l'offerta tecnica non devono contenere i costi di manutenzione, non rispetterebbe i criteri di ragionevolezza e di proporzionalità e, quindi, violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016. L'esponente ritiene che, pur ammettendo, in ipotesi, che nel caso di specie i costi di manutenzione costituiscono un elemento dell'offerta economica, la legittimità della causa di esclusione di cui all'art. 22 del Disciplinare dovrebbe essere sempre valutata in ossequio al principio sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui, attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieta l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica, gli elementi economici contenuti dell'offerta tecnica in grado di condizionare il giudizio della Commissione di gara devono, comunque, essere anche idonei a ricostruire la complessiva offerta economica.

7. I motivi esposti possono essere esaminati congiuntamente, per la connessione derivante dal loro comune fondamento logico giuridico, incentrato sulla valutazione della legittimità del provvedimento di esclusione, dalle ulteriori fasi di valutazione, della proposta prot. n. 180035/2021 presentata dalla società appellante.

8. Detti motivi sono infondati, per i principi di seguito esposti.

8.1. Risulta dai fatti di causa che il costituendo R.T.I. viene escluso dalla gara con la nota del RUP del 10 settembre 2021, in quanto *“all’elaborato contenente la descrizione del progetto è stato allegato il computo metrico estimativo del capo sportivo per l’importo pari ad euro 200.665, 48 e il piano di manutenzione per un importo pari ad euro 236.250,00”*, in violazione dell’articolo 22 del Disciplinare di gara che recita *“a pena di esclusione le buste contenenti l’offerta tecnica, non dovranno contenere alcun elemento di quantificazione economico e/o finanziario, né costi di manutenzione”*.

Non è circostanza contestata che la società appellante ha indicato all’interno della busta B contenente l’offerta tecnica, i costi di manutenzione e il computo metrico estimativo.

Il Collegio rileva come dalla piana lettura del contenuto dell’art. 22 del Disciplinare emerge che la disposizione non ha semplicemente vietato nell’offerta tecnica gli elementi di quantificazione economico e/o finanziario, ma ha specificamente previsto che nell’offerta tecnica non dovessero essere indicati i costi di manutenzione, in ossequio al principio della segretezza delle offerte.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Sezione, laddove la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell’offerta tecnica e quella dell’offerta economica, come nella specie, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, non è consentito al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull’apprezzamento dei primi.

E’ stato, infatti, affermato che: *“Il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull’apprezzamento dei primi”*....”*la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell’offerta economica, impone che la tutela copra non solo l’effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: già la sola possibilità di conoscenza dell’entità dell’offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere*

la garanzia di imparzialità della valutazione” (Cons. Stato, sez. V, n. 2732 del 2020; Cons. Stato, Sez. V, n. 612 del 2019; Cons. Stato, sez. V, n. 3287 del 2016).

Il principio della segretezza dell’offerta economica è a presidio dell’attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.), *sub specie* di trasparenza e *par condicio* dei concorrenti, per garantire il lineare e libero svolgimento dell’*iter* che si conclude con il giudizio sull’offerta e l’attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

8.2. Alla luce della giurisprudenza richiamata, il condizionamento della valutazione rileva anche solo sotto il profilo potenziale, atteso che la commistione tra offerta tecnica e offerta economica, nel senso dell’inserimento nella prima di elementi esclusivamente riservati alla seconda, implica una violazione delle esigenze di segretezza delle offerte (Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1813), nella misura in cui permette una conoscenza (anche se parziale) dei contenuti dell’offerta economica prima dell’apertura della busta che la contiene (con ciò vanificando irrimediabilmente le esigenze sottese alla sequenza procedimentale dell’apertura dei plichi e delle pertinenti verifiche e valutazioni).

Da siffatti rilievi consegue la conformità al parametro legislativo di riferimento della clausola controversa (art. 22 del Disciplinare di gara), di cui l’appellante ha contestato la legittimità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; pertanto, non è consentito applicare ad essa l’invocata sanzione della nullità, che postula, al contrario, la previsione di clausole espulsive per inadempienze diverse da quelle codificate (art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016).

L’art. 22 del Disciplinare di gara, infatti, risulta coerente con il principio della segretezza delle offerte, e non appare, in alcun modo, di dubbia interpretazione rispetto all’invocato art. 4 del Capitolato prestazionale, norma posta a presidio della elencazione delle prestazioni e degli obblighi del concessionario. Né può essere condivisa la tesi difensiva sostenuta dall’appellante in ordine alle statuizioni

contenute nell'art. 4 del citato Capitolato, atteso che, laddove si dispone: *“il programma delle manutenzioni dovrà prevedere lo stesso livello di investimenti previsto nel PEF dell'Amministrazione ovvero a quello presentato in sede di gara ed allegato al contratto per l'intera durata della concessione”*, non si suggerisce alcun riferimento, neppure implicito, alla necessità di indicare i costi di manutenzione al momento della presentazione dell'offerta tecnica.

8.3. L'appellante sostiene, in ogni caso, che l'indicazione dei costi di manutenzione nell'ambito del Programma di manutenzione non avrebbe consentito in alcun modo di ricostruire, in tutto o in parte, l'offerta economica, che, invece, avrebbe dovuto essere espressa mediante l'indicazione dell'importo al rialzo percentuale offerto dal canone di gestione di euro 64.800,00 posto a base di gara.

Anche tale doglianza dev'essere disattesa.

Il Collegio è al corrente dell'indirizzo espresso da questa Sezione, anche di recente, secondo cui il c.d. principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, denominato anche divieto di commistione, funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire l'entità dell'offerta economica, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, ma impone una valutazione da effettuare in concreto, in riferimento alla funzione cui il principio è preordinato (Cons. Stato, n. 4342 del 2019). Tuttavia, si è anche precisato che occorre *“evitare tutto ciò che può essere di per sé potenzialmente idoneo a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serietà 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* (Cons. Stato, n. 2732 del 2020; Cons. Stato n. 6308 del 2020).

Tale condivisibile approccio ermeneutico, nella fattispecie concreta, conduce a ritenere che, con l'indicazione dei costi di manutenzione nell'offerta tecnica, sia stato effettivamente violato il principio della segretezza delle offerte.

L'appellante, in violazione del disciplinare di gara, ha specificato i costi di manutenzione ordinaria e straordinaria, ricavabili dal piano di manutenzione (euro 236.250,00) e dal computo metrico (euro 200.665,48), consentendo agevolmente alla Commissione giudicatrice di ricavare l'importo del canone di gestione offerto dal costituendo R.T.I. rispetto a quello posto a base d'asta di euro 64.800,00, mediante una semplice operazione matematica, così influenzando l'imparzialità della valutazione della Commissione giudicatrice.

Nella specie, infatti, attraverso la produzione dell'importo complessivo per la realizzazione del Piano di manutenzione e del computo metrico estimativo per il rifacimento del campo, la Commissione è stata resa edotta anticipatamente dell'offerta economica proposta da SS Romulea.

Infatti, ai sensi del punto 17 del Disciplinare di gara, la busta C – (Offerta economica) avrebbe dovuto contenere, oltre l'indicazione dell'importo del rialzo percentuale offerto, anche il piano economico di gestione, nei quali sarebbero confluiti anche le suddette voci di costo.

La specifica 'anticipata' indicazione dei costi di manutenzione non può, pertanto, considerarsi trascurabile e deve, anzi, ritenersi sufficientemente idonea a produrre quella concreta alterazione dell'imparzialità della valutazione economica, che la clausola n. 22 del Disciplinare di gara mirava proprio ad evitare.

Il bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone estrema cautela, per cui anche il mero rischio della conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idoneo a pregiudicare la garanzia di imparzialità delle scelte della Commissione.

Questa Sezione ha, in più occasioni, precisato che: *“La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la*

garanzia di imparzialità della valutazione”(Cons. Stato, n. 3287 del 2016; Cons. Stato n. 2214 del 2013; Cons. Stato n. 2734 del 2012).

8.4. Va, altresì, rilevato che l'appellante, a fronte del rilievo secondo cui l'indicazione dei costi di manutenzione nell'ambito del Programma di manutenzione non avrebbe consentito in alcun modo di ricostruire l'offerta economica, non ha offerto argomentazioni idonee a supportare le obiezioni alle conclusioni rassegnate dal primo giudice in ordine alla compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, limitandosi ad affermazioni assertive e prive di qualsiasi riscontro logico. E ciò a tacere in via dirimente dello specifico legittimo divieto che, nella fattispecie, risulta espressamente contenuto nella legge di gara, stabilito a pena di esclusione dall'art. 22 cit., argomento correttamente valorizzato dal giudice di prima istanza ai fini del rigetto del ricorso.

9. Da siffatti rilievi consegue che le conclusioni del primo giudice al riguardo sono corrette e immuni da censure, atteso che il nucleo argomentativo centrale, e (logicamente) assorbente delle critiche, viene superato dal fatto che l'indicazione nella offerta tecnica dei costi di manutenzione e del computo metrico, espressamente vietata dalla legge di gara, ha violato il principio della segretezza della offerta, compromettendo la garanzia della imparzialità della valutazione.

10. In definitiva, l'appello va respinto. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in 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, nella qualità in epigrafe, al pagamento delle spese del presente grado di giudizio a favore di Roma Capitale e di Nea Ostia Rugby A.S.D., liquidandole in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) per ciascuna parte, oltre oneri accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con
l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO