

Offerta economicamente più vantaggiosa: ci possono essere delle deroghe al principio secondo il quale l'aspetto tecnico di un'offerta deve essere verificato prima di quello economico?

Il principio per il quale, nei procedimenti ad evidenza pubblica, la valutazione dell'offerta tecnica deve necessariamente precedere la valutazione dell'offerta economica, è stato elaborato dalla giurisprudenza al fine di evitare che la valutazione dell'offerta tecnica (normalmente di carattere discrezionale) possa essere in qualche modo influenzata dalla previa conoscenza dell'offerta economica (il cui punteggio è di norma attribuito in modo automatico sulla base dell'entità dell'offerta stessa): pertanto, allorquando per le particolarità del caso di specie, non sussiste il pericolo di un possibile condizionamento nell'attribuzione del punteggio tecnico, l'applicazione del principio stesso non ha ragion d'essere e la procedura di gara non può ritenersi viziata per il solo fatto che un tale tipo di punteggio abbia avuto luogo dopo la conoscenza dell'offerta economica.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 6260 del 6 dicembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

<Con il primo motivo d'appello il ricorrente assume che, contrariamente a quanto sostenuto dal Tar, l'aggiudicazione si sarebbe dovuta annullare per la violazione del principio secondo cui, nei procedimenti ad evidenza pubblica, la valutazione dell'offerta tecnica deve necessariamente precedere la valutazione dell'offerta economica, senza che possa avere rilevanza nella fattispecie il principio contenuto nell'articolo 21 octies comma 2 della legge n.241 del 1990, secondo cui "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

L'assunto non può essere condiviso

Ed invero, indipendentemente dalla questione se nella fattispecie potesse applicarsi la predetta norma di legge (entrata in vigore successivamente all'aggiudicazione), una corretta interpretazione del predetto principio della previa valutazione dell'offerta economica porta a ritenere che nella fattispecie il comportamento dell'amministrazione non possa considerarsi illegittimo.

Il principio in parola è stato elaborato dalla giurisprudenza al fine di evitare che la valutazione dell'offerta tecnica (normalmente di carattere discrezionale) possa essere in qualche modo influenzata dalla previa conoscenza dell'offerta economica (il cui punteggio è di norma attribuito in modo automatico sulla base dell'entità dell'offerta stessa).

Pertanto, allorquando per le particolarità del caso di specie, non sussiste il pericolo di un possibile condizionamento nell'attribuzione del punteggio tecnico, l'applicazione del principio stesso non ha ragion d'essere e la procedura di gara non può ritenersi viziata per il solo fatto che un tale tipo di punteggio abbia avuto luogo dopo la conoscenza dell'offerta economica.

Orbene, nella fattispecie deve ritenersi sussistente quest'ultima situazione.

Risulta infatti che l'unico punteggio di tipo tecnico che è stato attribuito dopo la conoscenza dell'offerta economica è stato quello relativo al riconoscimento di qualità DOC DOP e IGP dei prodotti e che ciò era avvenuto perché la Commissione giudicatrice aveva nel frattempo richiesto una verifica in proposito ai competenti uffici della Regione Abruzzo.

**Risulta altresì che , una volta pervenuto (poco tempo dopo l'attribuzione del punteggio economico) l'elenco dei prodotti DOP, DOC e IGP, la Commissione, attenendosi a tale elenco e facendo riferimento al punteggio predeterminato dal bando per ciascun prodotto di qualità, aveva attribuito il punteggio in questione.**

**Nella fattispecie dunque alcuna valutazione discrezionale in ordine all'offerta tecnica era stata effettuata dalla Commissione dopo la conoscenza dell'offerta economica.>**

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 6260 del 6 dicembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2007, emessa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA N. 6260/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 2606 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 2606/2006 del 29/03/2006 , proposto dal ALFA, SCARL rappresentato e difeso dall'Avv. ANTONIO GUIDA con domicilio eletto in Roma VIA PAOLO ZACCHIA, 7 INT. 9 presso ANA MARIA FAGETAN;

contro

COMUNE DI CHIETI rappresentato e difeso dall'Avv. PAOLO SPERDUTI con domicilio eletto in Roma VIA COLA DI RIENZO, 149 presso PAOLO SPERDUTI

e nei confronti di

BETA SAS DI M. A.& C. rappresentato e difeso dall'Avv. GIOVANNI LEGNINI con domicilio eletto in Roma VIA LEONARDO PISANO, 16 presso MARIA CRISTINA BELLO;

per la riforma  
della sentenza del TAR ABRUZZO - PESCARA n.506/2005 , resa tra le parti, concernente  
AGGIUDICAZIONE GARA SERVIZIO REFEZIONE SCOLASTICA (RIS.DANNO) ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di COMUNE DI CHIETI e BETA SAS DI M. A.& C.

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'8 Maggio 2007, relatore il Consigliere Caro Lucrezio Monticelli, uditi gli avvocati A. Guida, P. Sperduti e Massimo Cocco per delega Giovanni Legnini;

## FATTO E DIRITTO

1. Con l'appellata sentenza il Tar Abruzzo- Pescara ha così ricostruito i fatti di causa relativi al ricorso proposto dall'attuale appellante ALFA, SCARL per l'annullamento del provvedimento del Comune di Chieti n.2577 del 15.9.2004, nonché di ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto, ed in particolare del verbale di gara in data 9 settembre 2004 .

“Con il provvedimento impugnato, l'amministrazione resistente, “Richiamato il verbale di gara del 9 settembre 2004, con il quale, stante le risultanze della gara, la Commissione ha aggiudicato provvisoriamente il servizio di refezione scolastica alla Ditta BETA sas di M. A. & C. di Villamagna (Ch) per un prezzo unitario (a pasto) omnicomprensivo (al netto d'iva) pari a Euro 3,3957; rilevato che in sede di gara sono state formulate istanze di verifica...dato atto che l'inizio delle attività scolastiche è fissato al 15.9.2004; rilevato il preminente interesse pubblico, al fine di garantire il servizio di refezione scolastica, di procedere all'affidamento provvisorio alla citata ditta BETA, nelle more delle verifiche da effettuarsi con ogni possibile sollecitudine da parte degli organi preposti; visto l'articolo 183 del d.lgs n.267 del 2000” ha affidato provvisoriamente alla ditta BETA il servizio di refezione scolastica “alle condizioni tutte del capitolato di gara”.

Avverso tale provvedimento, il ricorrente ha proposto le seguenti censure.

1.-Violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione, del principio generale di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa e dei principi generali della segretezza dell'offerta economica e della par conditio.

2.-Violazione e falsa applicazione del bando di gara, degli articoli 20, 21 e 23 del decreto legislativo n.157 del 1995, dell'articolo 59 della legge n.488 del 1999, dell'articolo 15 del capitolato d'oneri allegato al bando e delle “specifiche tecniche relative alle tabelle merceologiche delle derrate”, violazione del regolamento Ce n.2081 del 1992 e del regolamento Ce n.1107 del 1996.

3.-Violazione, sotto ulteriore profilo, dell'articolo 15 comma 2 del Capitolato d'oneri, violazione ed omessa applicazione dell'articolo 71 del dpr n.445 del 2000, violazione dell'articolo 1 della legge n.241 del 1990.

Con successiva determinazione n.3210 del 2 novembre 2004, il Comune di Chieti “dato atto delle determinazioni conclusive assunte nel verbale del 21.9.2004 ... nel quale testualmente risulta che <<...Per quanto sopra la Commissione ritiene di dover confermare i punteggi attribuiti alla ditta servizi pasti collettivi PONTINA e nel complesso riconfermare la graduatoria finale di cui al verbale del 9.9.2004...>>...dato atto altresì che la veridica della distanza chilometrica formulata dalla ditta ALFA di Bologna...risulta essere esperita dal Ministero dell'Interno, Compartimento della Polizia Stradale, con nota acquisita da questo settore al prot.n.18016 del 25.10.2004 (prot. generale 21.10.2004 n.53704); che la distanza risulta essere conforme all'autocertificazione della ditta BETA, e pertanto correttamente attribuito il relativo punteggio” ha affidato definitivamente alla ditta BETA il servizio di refezione scolastica “alle condizioni tutte del capitolato d'oneri”.

Avverso tale ulteriore provvedimento, il ricorrente ha esteso i seguenti motivi aggiunti di censura.

1.-Violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione, del principio generale di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa e dei principi generali della segretezza dell'offerta economica e della par conditio.

2.-Violazione e falsa applicazione del bando di gara, degli articoli 20, 21 e 23 del decreto legislativo n.157 del 1995, dell'articolo 59 della legge n.488 del 1999, dell'articolo 15 del capitolato d'oneri allegato al bando e delle "specifiche tecniche relative alle tabelle merceologiche delle derrate", violazione del regolamento Ce n.2081 del 1992 e del regolamento Ce n.1107 del 1996."

1.1. Ciò premesso il Tar ha respinto il ricorso, ritenendo, tra l'altro, che: a) nella fattispecie l'aggiudicazione non poteva essere annullata per il denunciato mancato rispetto del principio secondo cui, nelle procedure di gara, debbono essere prima attribuiti i punteggi relativi alla valutazione tecnica delle offerte e solo dopo si può passare a conoscere e valutare l'aspetto economico delle offerte; b) legittimamente non era stato attribuito alla offerta dell'attuale appellante, relativa al prodotto "vitellone bianco dell'Appennino centrale", i 3 punti previsti dall'articolo 15 del capitolato per ogni alimento offerto se prodotto in Abruzzo ed avente un riconoscimento di qualità DOC o DOP o IGP.

2. Con l'appello in esame ( n.2006/2006) il ALFA, SCARL ha contestato le argomentazioni del Tar, deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione degli artt.3 e 97 della Costituzione, del principio generale di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa e dei principi generali della segretezza dell'offerta economica e della par condicio.

Violazione e falsa applicazione dell'art.21 octies comma 2 della legge n.241 del 1990, introdotto dall'art.14 legge 11 febbraio 2005 n.15.

2) in via subordinata viene riproposto il secondo motivo proposto in primo grado con il ricorso per motivi aggiunti, del seguente tenore:

Violazione e falsa applicazione del bando di gara, degli artt. 20,21 e 23 D.Lgs. 17 marzo 1995 n.157,dell'art.59 legge 23 dicembre 1999 n.488, dell'art.15 del Capitolato d'oneri allegato al bando e delle "Specifiche tecniche relative alle tabelle merceologiche delle derrate ". Violazione del Reg. CEE n.2081/92 del 14 luglio 1992 e del Reg. CEE n.1107/96 del 12 luglio 1996.

Si sono costituiti per resistere all'appello il Comune di Chieti e la BETA S.A.S. di M. & C.( aggiudicataria della gara in contestazione ), che , controdeducendo alle tesi dell'appellante, si sono espresse per la piena correttezza delle conclusioni cui è giunto il Tar.

2.1. Con il primo motivo d'appello il ALFA, SCARL assume che, contrariamente a quanto sostenuto dal Tar, l'aggiudicazione si sarebbe dovuta annullare per la violazione del principio secondo cui, nei procedimenti ad evidenza pubblica, la valutazione dell'offerta tecnica deve necessariamente precedere la valutazione dell'offerta economica, senza che possa avere rilevanza nella fattispecie il principio contenuto nell'articolo 21 octies comma 2 della legge n.241 del 1990, secondo cui "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

L'assunto non può essere condiviso

Ed invero, indipendentemente dalla questione se nella fattispecie potesse applicarsi la predetta norma di legge (entrata in vigore successivamente all'aggiudicazione), una corretta interpretazione del predetto

principio della previa valutazione dell'offerta economica porta a ritenere che nella fattispecie il comportamento dell'amministrazione non possa considerarsi illegittimo.

Il principio in parola è stato elaborato dalla giurisprudenza al fine di evitare che la valutazione dell'offerta tecnica (normalmente di carattere discrezionale) possa essere in qualche modo influenzata dalla previa conoscenza dell'offerta economica ( il cui punteggio è di norma attribuito in modo automatico sulla base dell'entità dell'offerta stessa).

Pertanto, allorquando per le particolarità del caso di specie, non sussiste il pericolo di un possibile condizionamento nell'attribuzione del punteggio tecnico, l'applicazione del principio stesso non ha ragion d'essere e la procedura di gara non può ritenersi viziata per il solo fatto che un tale tipo di punteggio abbia avuto luogo dopo la conoscenza dell'offerta economica.

Orbene , nella fattispecie deve ritenersi sussistente quest'ultima situazione.

Risulta infatti che che l'unico punteggio di tipo tecnico che è stato attribuito dopo la conoscenza dell'offerta economica è stato quello relativo al riconoscimento di qualità DOC DOP e IGP dei prodotti e che ciò era avvenuto perché la Commissione giudicatrice aveva nel frattempo richiesto una verifica in proposito ai competenti uffici della Regione Abruzzo.

Risulta altresì che , una volta pervenuto (poco tempo dopo l'attribuzione del punteggio economico) l'elenco dei prodotti DOP, DOC e IGP, la Commissione, attenendosi a tale elenco e facendo riferimento al punteggio predeterminato dal bando per ciascun prodotto di qualità, aveva attribuito il punteggio in questione.

Nella fattispecie dunque alcuna valutazione discrezionale in ordine all'offerta tecnica era stata effettuata dalla Commissione dopo la conoscenza dell'offerta economica.

2.2 Nel secondo motivo d'appello si lamenta che, in violazione del principio contenuto nel bando di attribuire valore preminente all'elemento relativo alla qualità dei prodotti offerti e del punto 20 delle "specifiche tecniche relative alle tabelle merceologiche delle derrate"( che prevedeva che le " le carni di vitello da utilizzare nelle preparazioni previste dal presente capitolato possono essere: - carni con marchio IGP (indicazione geografica protetta), - carni di produzione biologica"), non si era attribuito all'appellante alcun punteggio per la sua offerta relativa al " Vitellone Bianco Appennino Centrale", nonostante che nell'apposito regolamento comunitario tale carne fosse registrata con marchio IGP.

Anche detta censura va disattesa.

In proposito ha ben evidenziato il Tar che il vitello è un animale con caratteristiche diverse (tanto da giustificare un'apposita previsione normativa, quale l'articolo 1 bis del dl n.157 del 2004, il quale stabilisce che "ai fini della classificazione merceologica si intende per vitello un animale appartenente alla specie bovina, macellato prima dell'ottavo mese di vita, la cui carcassa non superi il peso di 185 grammi"-) dal vitellone, pur appartenendo alla medesima specie bovina .

Pertanto il punteggio previsto dagli atti di gara per la carne di vitello non può essere attribuito con riferimento al vitellone.

D'altra parte non può nemmeno ritenersi che in tal modo si avrebbe una insanabile contraddizione con il citato punto 20 delle specifiche tecniche, giacché lo stesso consentiva di offrire carni di vitello di produzione biologica, senza necessariamente richiedere che le stesse avessero il marchio IGP.

3. L'appello deve dunque essere respinto.

Sussistono ragioni, in considerazione della particolarità della fattispecie, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello in epigrafe. Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio dell'8 Maggio 2007 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Aldo Fera

Cons. Caro Lucrezio Monticelli Est.

Cons. Aniello Cerreto

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Caro Lucrezio Monticelli

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 6 dicembre 2007

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

N°. RIC. 2606-06

RA