

Parere n.7 del 08/02/2012

PREC 241/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Terni – “*Procedura aperta per l'appalto dei lavori di adeguamento sismico, adeguamento impianti, prevenzione incendi e abbattimento barriere architettoniche del plesso scolastico A. Garibaldi*” – Data di pubblicazione del bando: 27.5.2011 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 1.566.612,82 – S.A.: Comune di Terni

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 ottobre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Terni ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione da disporre eventualmente nei confronti dell'ATI Flamini Giuseppe - Fioretti Fiorello, la cui relazione tecnica è risultato che contenesse l'indicazione di una stima economica dei lavori a corpo e a misura oggetto del presente appalto.

Pertanto, a mente dei pareri n. 107 del 27.5.2010 e n. 204 del 18.11.2010, nonché della giurisprudenza amministrativa *in subiecta materia*, il Comune di Terni ha deciso di chiedere il parere preventivo di questa Autorità, prima di perfezionare l'eventuale provvedimento di esclusione.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 27 ottobre 2011, l'ATI controinteressata, Flamini Giuseppe-Fioretti Fiorello, ha fatto presente che avendo ad oggetto, il bando del Comune di Terni, un appalto che in parte è a corpo e in parte è a misura, per la parte a corpo devono ritenersi ammesse proposte di variante migliorative.

A quest'ultimo riguardo il raggruppamento in contestazione richiama il problema generato dall'asserita impossibilità di “*mettere in evidenza nell'offerta economica (busta C) le minori quantità di alcune categorie di lavoro, in quanto risulta impossibile modificare quanto previsto al punto C, comma 2, del Bando di Gara (lista dei lavori a misura)*”, per cui, nella coerenza del criterio di aggiudicazione prescelto, “*si è ritenuto importante sottolineare in maniera comunque INDICATIVA, quanto di cui sopra nella relazione di cui all'offerta tecnica e più precisamente nel passaggio finale che recita “INFATTI, GLI INTERVENTI PROPOSTI NON RICHIEDONO L'ESECUZIONE DI ALCUNE LAVORAZIONI PREVISTE NEL PROGETTO ESECUTIVO POSTO A BASE DI GARA E COMPUTATE NELLA PARTE DELL'APPALTO DA CONTABILIZZARE A MISURA*”, ritenendo quindi che “*le nostre considerazioni di carattere economico espresse nell'offerta tecnica nascono da una necessità oggettiva, che scaturisce da un'errata ed ambigua scrittura del bando e che comunque la valutazione andrebbe fatta sotto un profilo squisitamente tecnico, riportando poi la valutazione economica, indicativamente espressa come elemento aggiuntivo, al momento dell'esame dell'offerta economica di cui alla lettera C*”.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la possibilità di inserire nell'offerta tecnica considerazioni di carattere economico, consistenti nella stima economica dei lavori a corpo e a misura oggetto dell'appalto.

Al riguardo va innanzitutto premesso che, non avendo la S.A. puntualmente contraddetto a quanto sopra inferito dall'ATI controinteressata, il parere viene reso allo stato degli atti, con riferimento alla questione di carattere generale sottesa alla fattispecie di gara in oggetto.

Pertanto, a mente dei pareri di questa Autorità n. 107 del 27.5.2010 e n. 204 del 18.11.2010, cui si fa rinvio, si deduce, per quanto ne occupa, che alla variante progettuale migliorativa non può non corrispondere, nell'offerta economica, la relativa voce di nuovo prezzo o la modifica delle quantità nelle lavorazioni già previste nella lista delle categorie ovvero il non utilizzo di determinate lavorazioni.

Con particolare riferimento, invece, alla questione della segretezza delle offerte economiche, questa Autorità ha in più occasioni chiarito che, in termini generali, si configura quale violazione di tale principio l'inserimento di elementi concernenti l'offerta economica all'interno della busta contenente l'offerta tecnica, in quanto la commistione così operata tra profilo tecnico e profilo economico è di per sé idonea ad introdurre elementi perturbatori della corretta valutazione da parte della Commissione di gara.

Ne consegue, con riguardo al caso di specie, che, indipendentemente da una espressa previsione a pena di esclusione contenuta nella *lex specialis* di gara, sussiste, in capo al concorrente, il divieto di riportare qualsiasi valorizzazione economica di elementi che compongono l'offerta tecnica, benché a supporto di eventuali varianti, in quanto tale divieto risponde alla generale finalità di garantire il rispetto del principio di autonomia dell'apprezzamento discrezionale dell'offerta tecnica rispetto a quello dell'offerta economica, occorrendo, appunto, evitare che nell'offerta tecnica siano contenuti dati che consentano già di individuare le positive ricadute economiche derivanti dalle varianti presentate. Ciò impone, altresì, di prescindere dalla circostanza dell'idoneità del dato economico prospettato a consentire la ricostruzione del prezzo indicato nell'offerta economica.

Ne consegue che la tesi deduttiva dell'ATI controinteressata non convince appieno ove tenta di riportare, sul presupposto della necessità oggettiva come sopra declinata, l'asserita imprescindibilità dell'inserimento di elementi economici nel contenuto dell'offerta tecnica: trattasi di tesi suggestiva, ma non conforme ai principi desumibili dalla normativa di settore.

Sul punto, va aggiunto che gli argomenti a sostegno della tesi dell'ambiguità della disciplina di gara e della necessità di inserire nei documenti costituenti l'offerta tecnica, dati economici, non sono affatto persuasivi, perché l'orientamento consolidato è univoco nel separare nettamente gli elementi economico-quantitativi, da inserire nei documenti costituenti l'offerta economica, da quelli tecnici.

Del resto, che senso avrebbe avuto la stessa previsione della valutazione dell'offerta tecnica in un momento anteriore all'apertura della busta recante l'offerta economica? Sicché, la commistione tra offerta tecnica ed economica in cui è incorsa l'ATI controinteressata ne giustificherebbe l'esclusione dalla gara.

Vale in proposito ribadire che in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte economiche devono restare segrete per tutta la fase procedimentale al fine, appunto, di evitare che gli elementi di valutazione aventi carattere automatico (quali il prezzo) possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali. E ciò perché nella gara da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vi è, come pure afferma la giurisprudenza amministrativa, una netta separazione tra il momento valutativo dell'offerta tecnica e quello dell'offerta economica (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 14 novembre 2007, n. 1852 e Consiglio St., sez. V, 21 marzo 2011 n. 1734 e 31 marzo 2011, n. 1970).

D'altra parte il principio di segretezza delle offerte, posto a presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, impone che, al fine di evitare ogni possibile influenza nella valutazione dell'offerta tecnica, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di qualsiasi elemento economico fino a quando non si sia conclusa la fase di valutazione di tali offerte.

Si può, quindi, conclusivamente ritenere conforme alla normativa di settore l'eventuale esclusione dell'ATI dalla gara in oggetto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme all'ordinamento di settore l'esclusione dalla gara dell'ATI che nell'offerta tecnica abbia inserito elementi riferiti all'offerta economica.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia, Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

Il Segretario: Maria Esposito