

## **Parere n.171 del 23/10/2013**

### **PREC 131/13/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa Messina Costruzioni s.r.l. – “Procedura aperta per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione e ristrutturazione del collettore fognario “Vecchio Allacciante” del Comune di Catania – 3° intervento” – Data di pubblicazione del bando: 21.12.2012 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 3.585.756,29 – S.A.: Regione Sicilia – Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità.

**Offerta tecnica e offerta economica- divieto di commistione.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### **Ritenuto in fatto**

In data 29 aprile 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale viene richiesta una pronuncia di questa Autorità, in merito alla legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto dell'impresa istante, mandataria dell'ATI con l'impresa Callari Costruzioni s.r.l., operata dalla S.A. per i seguenti motivi.

Dal verbale di gara in seduta pubblica n. 1 del 27.3.2013 si evince che, a seguito del controllo della documentazione amministrativa (busta A), l'ATI era stata ammessa alla fase successiva. Nel corso della stessa seduta sono stati aperti i plichi contenenti le offerte tecniche (buste B) dei quattro concorrenti ammessi, al fine di verificarne il contenuto, giusta disciplinare di gara, pag. 7: “Il progetto definitivo e le relazioni di cui prima devono essere prodotti in una copia cartacea e n° 3 copie in formato elettronico non modificabile (file pdf)”.

La verifica del contenuto dei CD Rom è stata oggetto della seduta pubblica n° 2 del 5.4.2013 ed in quella sede si è constatato che all'interno dei CD prodotti dalla concorrente ATI erano presenti i files consultabili relativi al Cronoprogramma, all'Elenco dei Prezzi Unitari ed eventuali analisi ed al Quadro economico. Pertanto l'ATI è stata esclusa in quanto il disciplinare di gara (pag. 6) prescriveva, a pena di esclusione, che i suddetti elementi dovessero essere contenuti nella busta C – Offerta Economica e Temporale.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 7 giugno 2013, la S.A. ha difeso il proprio operato riportandosi al contenuto prescrittivo della lex specialis di gara; mentre il controinteressato Consorzio Stabile SQM a r.l., risultato aggiudicatario provvisorio all'esito della gara, ha richiamato il chiaro ed inequivoco tenore letterale del disciplinare di gara posto a base del provvedimento di esclusione.

#### **Considerato in diritto**

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti dell'ATI Messina Costruzioni s.r.l./ Callari Costruzioni s.r.l. per aver inserito nella busta contenente l'offerta tecnica elementi relativi all'offerta economica.

Al riguardo si osserva che lo stesso codice dei contratti pubblici, nell'indicare gli elementi che compongono l'offerta tecnica, fa riferimento a voci che presentano elementi di tipo quantitativo-economico, quali il contenimento dei consumi energetici, il costo di utilizzazione e manutenzione, la redditività (art. 83, comma 1, lett. e), f), g), d.lgs. n. 163/2006).

A sua volta, il D.P.R. n. 207/2010 prescrive al secondo comma dell'art. 120 che “La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla

data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti. In una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi, applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato G. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'articolo 121" (comma da ultimo modificato dall'articolo 12, comma 1, del D.L. 7 maggio 2012 n. 52, convertito con modificazioni in Legge 6 luglio 2012, n. 94 ). Questo, al precipuo fine di evitare che, in sede di valutazione delle offerte tecniche, la commissione possa essere influenzata da elementi di natura economica.

Come si vede, nessuna disposizione né di legge né di regolamento pone un divieto assoluto di elementi di tipo economico nell'offerta tecnica.

Peraltro, una copiosa giurisprudenza ritiene vietata la commistione tra offerta tecnica ed economica, al fine di prevenire il suddetto pericolo che gli elementi economici influiscano sulla previa valutazione dell'offerta tecnica, in violazione del principio sotteso alle norme, da sempre vigenti, di segretezza dell'offerta economica fino al completamento della valutazione delle offerte tecniche. Ma anche detta giurisprudenza non si è spinta mai ad affermare il divieto assoluto di indicare elementi economici all'interno dell'offerta tecnica.

Detta giurisprudenza, semmai, si è occupata di casi in cui in modo palese e vistoso risultava violato il principio di segretezza dell'offerta economica fino al completamento della fase di valutazione delle offerte tecniche:

- in alcuni casi l'offerta tecnica era corredata del computo estimativo contenente l'intera offerta economica (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2009 n. 2575), ovvero una percentuale di essa pari a circa il 10% (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010 n. 6509);
- in altri casi l'offerta economica non era stata inserita in apposita busta sigillata (Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007 n. 196; Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2001 n. 3962);
- in un caso l'offerta economica era stata erroneamente inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa, che è quella che viene aperta per prima, prima ancora della busta contenente l'offerta tecnica, sicché palesemente l'offerta economica era divenuta nota prima di quella tecnica (Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 2002 n. 6795);
- in alcuni, ancora, la commissione aveva aperto la busta con l'offerta economica prima di quella con l'offerta tecnica (Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2002 n. 3848; Id., sez. V, 31 dicembre 1998 n. 1996; Id., sez. VI, 3 giugno 1997 n. 839);
- in altri era stata la *lex specialis* a prevedere, nell'ambito dell'offerta tecnica, elementi economici (Cons. St., sez. V, 25 maggio 2009 n. 3217), talora incidenti in percentuale rilevante, pari o superiore al 10%, rispetto alla complessiva offerta economica (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2012 n. 5121).

Pertanto, alla luce delle norme vigenti, come interpretate dalla giurisprudenza, e considerato il difetto espresso di una norma primaria o regolamentare che vieti in modo assoluto l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica, si deve ritenere che dal quadro normativo si desumano i seguenti principi:

- a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche, al fine di non essere influenzata da quest'ultima;
- b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate;
- c) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche;
- d) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi costitutivi dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla;
- e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi strettamente

necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi e le analisi dei 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.

Sicché, è alla luce di tali parametri che va interpretata, secondo criteri non solo letterali, ma anche logici e sistematici, la dicitura del disciplinare di gara che, a pag. 6 (1.2 Busta "B" – Offerta tecnica) prescrive, a pena di esclusione, che: "Il cronoprogramma (art. 40 del Regolamento), le eventuali Analisi dei prezzi, l'Elenco dei prezzi unitari, il Computo metrico estimativo e il Quadro economico devono essere inseriti, a pena di esclusione, nella busta C – Offerta Economica e Temporale".

E', per l'appunto, vietato dalla lex specialis di gara non già l'inserimento in sé di elementi economici nell'offerta tecnica, ma l'inserimento degli elementi ivi indicati come riconducibili alla specifica offerta economica correlata all'offerta tecnica.

Sicché, a nulla vale discettare se gli elementi suddetti, inseriti nell'offerta tecnica, potessero essere in grado di violare la segretezza dell'offerta economica, poiché tale premessa valutazione è stata ragionevolmente compiuta dalla S.A. ed immessa, come tale, nel corpo della lex specialis, cui i concorrenti dovevano attenersi.

Del tutto inconfidente e non meritevole di considerazione è per questo il "potere di soccorso" evocato dall'istante ai sensi dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici.

In base a tutto quanto sopra considerato,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme all'ordinamento di settore l'operato della S.A..

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 novembre 2013

Il Segretario: Maria Esposito