

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 8197 del 7 settembre 2023

Appalti di servizi – Commistione offerta tecnica e offerta economica – Esclusione dalla gara – Valutazione in concreto dell'anticipazione dell'offerta economica complessiva

Publicato il 07/09/2023

N. 08197/2023REG.PROV.COLL.

N. 04799/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4799 del 2019, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di (...) - Ufficio Tecnico Comunale, non costituito in giudizio;

nei confronti

(...) S.r.l., (...) S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Sezione Prima), 27 novembre 2018, n. 2016, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2023 il Cons. Giorgio Manca e udito l'avvocato (...), in delega dell'avvocato (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società (...) s.r.l. (successivamente dichiarata fallita) ha partecipato alla procedura indetta dal Comune di (...) per la locazione di un immobile comunale, risultando esclusa in quanto – in violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica – ha inserito nell'offerta tecnica la proposta relativa alle modalità temporali di pagamento del canone (elemento che secondo la lettera di invito doveva essere previsto esclusivamente nell'offerta economica, di cui costitutiva uno degli elementi di valutazione).

2. Con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Catanzaro, la società ha impugnato sia il provvedimento di esclusione, sia l'aggiudicazione a terzi e la lettera di invito.

Con la sentenza appellata, meglio indicata in epigrafe, il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso sull'assunto che la commistione operata dalla ricorrente (che nella relazione dell'offerta tecnica ha indicato la modalità di pagamento “annuale anticipato”, anticipando un elemento riservato all'offerta economica) era tale da poter influenzare la commissione giudicatrice, preannunciando il tempo di pagamento, elemento per la *lex specialis* (con peso ponderale fino a 10 punti su 100). Né sarebbe stato violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, tra le quali sarebbero ricomprese le violazioni delle regole fondamentali in tema di offerte, cui è da ricondurre il principio dell'inammissibile commistione dell'offerta economica nell'offerta tecnica. Stante l'infondatezza del ricorso

sull'esclusione, le ulteriori censure proposte avverso l'aggiudicazione e la lettera di invito sono state ritenute inammissibili per il difetto di legittimazione ad agire della ricorrente.

3. La società, rimasta soccombente, ha proposto appello reiterando i motivi del ricorso di primo grado, previa critica della sentenza di cui chiede la riforma.

Con memoria del 6 novembre 2022 si è costituito in giudizio il Fallimento (...) s.r.l. in persona del Curatore fallimentare nominato dal Tribunale di (...) con la sentenza di fallimento n. (...), chiedendo la prosecuzione del giudizio introdotto con l'appello proposto dalla società fallita.

4. Resiste in giudizio il Comune di (...), chiedendo che l'appello sia respinto.

5. All'udienza del 18 luglio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Con il primo motivo, l'appellante deduce l'erroneità della sentenza in quanto – pur muovendo dalla corretta premessa secondo cui la procedura ha per oggetto un contratto attivo e quindi si sottrae all'applicazione del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 – non ne ha tratto la conseguenza della non applicazione del divieto di commistione tra elementi economici e tecnici dell'offerta, che varrebbe unicamente nelle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici.

7. Si sottolinea, inoltre e sotto altro profilo, che la legge di gara non avrebbe sanzionato con l'esclusione l'eventuale commistione tra elementi economici e tecnici.

8. Con un terzo profilo di censura, si ribadisce che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto verificare in concreto se l'indicazione dell'elemento relativo alle modalità di pagamento del canone di locazione (per il quale la legge di gara riservava massimo 10 punti) era idonea ad individuare a priori quale sarebbe stata l'offerta economica complessivamente più elevata tra quelle presentate. Nel caso di specie la circostanza che la commissione possa aver conosciuto anticipatamente l'attribuibilità a (...) S.r.l. del massimo punteggio previsto per la tempistica di pagamento sarebbe stata ininfluenta, per via delle diverse variabili che condizionavano l'assegnazione del punteggio complessivo all'offerta economica.

Sottolinea, in ogni caso, che la lettera di invito era ambigualmente formulata per quanto

concerne il contenuto delle offerte tecnica ed economica.

9. Con l'ultimo motivo, l'appellante ripropone i motivi avverso l'aggiudicazione e il bando, non esaminati dal primo giudice.

10. L'appello è fondato nella parte in cui denuncia l'erronea applicazione del divieto di commistione tra il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, ovvero, in altri termini, il divieto di anticipare nell'offerta tecnica elementi concernenti l'offerta economica.

10.1. È pur vero che la regola è stata prevalentemente affermata nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici c.d. passivi, mentre nel caso di specie – come riferito – la procedura di gara aveva per oggetto l'aggiudicazione di un contratto di locazione (contratto c.d. attivo). Tuttavia, il principio in questione è espressione del più ampio principio di imparzialità dell'azione amministrativa, in quanto è volto ad evitare che la valutazione dell'offerta tecnica sia, consapevolmente o meno, condizionata dalle migliori condizioni economiche offerte dal concorrente valutato; e l'art. 4 del codice dei contratti pubblici stabilisce che l'affidamento dei contratti attivi, pur se esclusi dall'ambito di applicazione oggettivo del codice, deve effettuarsi nel rispetto di una serie di principi, tra i quali è specificamente richiamato il principio di imparzialità.

10.2. Peraltro, nell'applicare il principio, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito, anche recentemente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2022, n. 9047), che l'amministrazione giudicatrice deve verificare in concreto se l'anticipazione di alcuni elementi di natura economica, nell'ambito dell'offerta tecnica, comporti la possibilità di individuare l'offerta economica complessiva dell'offerente. Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica non va inteso in senso assoluto, dovendosi invece fare riferimento al parametro di giudizio costituito dalla concreta conclusione dei dati economici in quanto anticipatori della conoscenza dell'offerta economica. In particolare, il giudice amministrativo deve procedere di volta in volta a una valutazione in concreto circa l'effettiva attitudine degli elementi dell'offerta economica resi anticipatamente noti a condizionare le scelte della commissione di gara (Consiglio di Stato, sez. V, 2 maggio

2017, n. 1988; id., 29 febbraio 2016, n. 824).

10.3. Nel caso di specie, il punto 8 della lettera di invito («*Criteri di valutazione dell'offerta e criterio di aggiudicazione*») prevedeva una serie di criteri di valutazione delle offerte distinti con riguardo ai profili del merito tecnico dell'offerta (cui erano riservati 50 punti sui 1000 complessivi, distribuiti tra i criteri di cui alle lettere *c*): «*oggetto dell'attività che verrà espletata all'interno dell'immobile [...]*», massimo 30 punti; e *d*): «*interventi migliorativi sull'immobile [...]*», massimo 20 punti); e ai profili economici, ossia l'importo del canone di locazione (lettera *a*), fino a un massimo 40 punti) e le modalità e i tempi di pagamento del canone (lettera *b*), fino a un massimo di 10 punti).

10.4. Pertanto, l'elemento della modalità di pagamento del canone incideva nella valutazione dell'offerta economica solo per un massimo di 10 punti (sui 100 complessivi); e anzi la modalità in concreto anticipata nell'offerta proposta da (...) (il pagamento annuale anticipato) solo per 5 punti (v. pag. 3 della lettera di invito, *sub* lettera *b*) del citato punto 8).

Ne deriva che l'anticipazione effettuata in sede di offerta tecnica, non appare idonea a influenzare le scelte e le valutazioni della commissione giudicatrice.

11. La sentenza appellata va, pertanto, riformata nel capo di sentenza che ha respinto il ricorso avverso il provvedimento di esclusione.

12. Dall'accoglimento della domanda di annullamento dell'esclusione consegue l'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione a favore della (...) s.r.l., in conformità a quanto dedotto con i motivi aggiunti proposti da (...) in primo grado avverso, non esaminati dal primo giudice e qui riproposti con l'appello.

13. In conclusione, assorbite le ulteriori censure, l'appello va accolto nei termini sopra precisati e, previa riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso e i secondi motivi aggiunti di primo grado e vanno annullati il provvedimento di esclusione e l'aggiudicazione definitiva a favore della (...) s.r.l., con essi impugnati.

14. Le spese giudiziali del doppio grado di giudizio vanno compensate tra le parti in ragione della peculiarità della controversia.

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 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Catanzaro (Sezione Prima), 27 novembre 2018, n. 2016, accoglie il ricorso e i secondi motivi aggiunti di primo grado e annulla il provvedimento di esclusione e il provvedimento di aggiudicazione definitiva, con essi impugnati.

Compensa tra le parti le spese giudiziali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Francesco
Caringella

IL SEGRETARIO