

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 6017 del 2 settembre 2019

Valutazione delle offerte – Inversione nell'ordine di apertura delle buste – Busta amministrativa - Validità della procedura di gara se criterio del massimo ribasso

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 in appello numero di registro generale 380 del 2019, proposto da
‘....., in persona del Ministro in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via

contro

‘....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

‘....., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sez. II,
n. 1391/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ‘.....;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti l'avvocato dello Stato e l'avvocato, per delega dell'avvocato

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando del 29 maggio 2018 la Sezione Polizia Stradale della provincia di Lucca indiceva una gara, mediante procedura negoziata, a seguito di ricerca di mercato, per l'affidamento, con il criterio del minor prezzo di cui all'art. 95, comma 4 lett. *b*), del servizio di gestione di distributori automatici di alimenti e bevande presso i propri reparti.

Delle ditte invitate, tre formulavano, entro il previsto termine del 15 giugno 2018, la propria offerta: *a*) '..... aggiudicatrice uscente; *b*) il '.....; *c*) '..... S.p.A..

In data 2 luglio 2018 la commissione di gara procedeva, in conformità all'art. 14 del disciplinare di gara, all'apertura delle buste, contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa (busta "A") e l'offerta economica (busta "B"). In particolare, verificata l'integrità dei plichi pervenuti, procedeva: *a*) alla apertura della busta "B" relativa alla offerta economica formulata da '.....s.r.l. e, di seguito, alla apertura della corrispondente busta "A"; *b*) quindi, alla apertura – nell'ordine inverso – delle buste relative alle offerte formalizzate dalle altre due concorrenti.

La gara veniva aggiudicata al '....., che aveva formulato la migliore offerta.

2.- L'esito veniva contestato, con ricorso dinanzi al TAR per la Toscana, da '....., sul duplice assunto critico che:

a) in violazione del disciplinare, la stazione appaltante non avesse rispettato le fasi di espletamento della gara, alterando l'ordine di apertura delle buste e violando il principio di trasparenza (per giunta, senza verificare che l'aggiudicataria avesse

prodotto integralmente la documentazione richiesta, con particolare riguardo alla polizza fideiussoria e al certificato del casellario giudiziale dei responsabili dell'impresa);

b) l'offerta presentata dalla vincitrice avrebbe inammissibilmente superato la percentuale massima di rialzo (105%, in luogo del 100%) consentita in base alle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione.

3.- Con la sentenza distinta in epigrafe, resa in forma semplificata, il primo giudice accoglieva il ricorso, nella assorbente valorizzazione della ritenuta alterazione dell'ordine di apertura delle buste, ritenuto espressivo di un principio generale di trasparenza dell'azione amministrativa.

4.- Avverso la ridetta statuizione insorge il Ministro dell'Interno, che ne argomenta la complessiva erroneità e ne invoca l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio '....., che resiste al gravame e ripropone, in prospettiva devolutiva, la ragione di doglianza assorbita dalla decisione di prime cure.

5.- Alla pubblica udienza del 18 luglio, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e va accolto.

2.- Come è noto, il *principio di separazione* tra offerta tecnica ed offerta economica (che impone che *le offerte economiche debbano restare segrete* per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale) trae fondamento dall'obiettivo di *evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali* e costituisce presidio all'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'*iter* che si conclude

con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

Il principio si declina in una triplice regola, per cui:

- a) la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la suddetta commistione (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5392; Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890);
- b) è precluso ai concorrenti l'inserimento di elementi economico-quantitativi all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa): cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612;
- c) l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente *seguire* la valutazione dell'offerta tecnica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287).

Nondimeno, il principio e le relative regole operative trovano applicazione, *propter tenorem rationis*, nei soli in casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, il che accade, appunto, solo laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale articolata dagli operatori economici in concorrenza) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta): il che accade solo allorché il criterio di aggiudicazione (che ingloba entrambi i profili) sia quello della “*offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*” (art. 95, comma 2 d. lgs. n. 50/2016).

Il rischio di commistione, per contro, non sussiste *per definizione*:

- a) quando la gara debba essere aggiudicata, ricorrendone le condizioni, secondo il criterio del “*minor prezzo*” (art. 95, comma 4 d.lgs. n. 50/2016), laddove la concorrenza avviene *esclusivamente sull'elemento economico*, perché i profili tecnici

(trattandosi di attività *standardizzata*, le cui caratteristiche sono *selezionate dal mercato* di riferimento o, comunque, *integralmente predefinite* dalla stazione appaltante) non sono suscettibili di modifica;

b) quando, all'opposto, l'"*elemento relativo al costo*", nella ipotesi di aggiudicazione secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, assuma la "*forma di un prezzo o costo fisso*", nel qual caso la concorrenza è sollecitata "*solo in base a criteri qualitativi*" (art. 95, comma 7 d. lgs. n. 50/2016).

Fuori dalla logica dell'illustrato principio di separazione (ancorato al divieto di commistione tra profili tecnici ed economici dell'offerta, non sempre e non necessariamente cooperanti in funzione selettiva) si colloca (*su un piano più generale*) il distinto canone che, avuto riguardo alla *attitudine sequenziale* ed alla necessaria *razionalità procedimentale* dell'azione amministrativa (cfr. art. 97 Cost. e art. 1 l. n. 241/1990), impone un *ordine logico* alla varie fasi della complessiva procedura evidenziale, che prevede (*arg. ex art. 94 d. lgs. n. 50/2016*): a) la previa *selezione* delle offerte rispondenti ai requisiti di *ammissione* (cfr. artt. 80 e 83 d. lgs. cit., in relazione ai requisiti morali ed ai requisiti speciali); b) la successiva *valutazione* delle stesse.

Siffatta sequenzialità (che, per ragioni logiche, subordina la valutazione delle proposte negoziali alla previa verifica di regolarità di formalizzazione dalla domanda) è, sul piano operativo, affidata alla ordinaria prescrizione formale che impone l'inclusione della *documentazione amministrativa* in busta separata (sia da quella contenente l'offerta tecnica, sia da contenente l'offerta economica), da esaminare *con priorità* ai fini del giudizio di preventiva *ammissione*.

Nessun dubbio che sussista, quindi, un preciso *ordine* di apertura delle buste contenenti, nella necessaria forma pluristrutturata, l'offerta (*prima* la busta con la documentazione amministrativa; *quindi* la busta contenente l'offerta tecnica; *infine* la busta contenente l'offerta economica); tuttavia, mentre l'inversione che interessa i profili economici e quelli tecnici altera inesorabilmente la regolarità della procedura,

ciò non accade nel caso in cui l'inversione riguardi l'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa, che non compromette in modo *sostanziale* i valori in gioco e che (anche alla luce del canone antiformalistico di cui all'art. 21 *octies* l. n. 241/1990, che preclude di conferire attitudine invalidante a vizi di ordine meramente formale) deve riguardarsi (anche quando prefiguri violazione di una precisa prescrizione capitolare) quale mera irregolarità.

2.1.- Sulle esposte premesse si osserva che, nel caso in esame: *a)* è incontestato che la gara dovesse essere aggiudicata, trattandosi di prestazioni standardizzate, con il criterio del massimo ribasso, che sollecitava il confronto concorrenziale su profili di ordine esclusivamente economico, senza formulazione di una offerta tecnica; *b)* per l'effetto, l'inversione nell'esame delle buste contenenti la documentazione e quelle contenenti l'offerta non era, per definizione, idonea né compromettere né a mettere in pericolo i principi di *par condicio*, trasparenza, segretezza delle offerte.

La sentenza appellata non si è uniformata ai riassunti principi e deve, perciò, in accoglimento dell'appello, essere riformata.

3.- Va, a questo punto, esaminata la doglianza, rimasta assorbita in prime cure e ritualmente devoluta *ex art. 101 c.p.a.*, con la quale l'appellata aveva lamentato che, in asserita violazione dell'art. 12 del capitolato di gara e delle linee guida predisposte dall'Autorità nazionale anticorruzione, l'appellante fosse stata ammessa alla gara e beneficiata dell'aggiudicazione, pur avendo presentato una offerta al rialzo superiore al 100%.

3.1.- La censura è del tutto destituita di fondamento.

Di là dalla sua generica formulazione (non essendo state neppure richiamate né indicate le linee guida ANAC dalle quali si dovrebbe desumere la presunta regola della limitazione quantitativa del rialzo; né essendo stata evidenziata la violazione di alcuna norma di legge che, in tesi, porrebbe la prospettata regola), importa, invero,

osservare che alcuna limitazione in proposito era dato riscontrare nella *lex specialis* di procedura.

4.- In definitiva, l'appello va integralmente accolto e, per l'effetto, in riforma della impugnata statuizione, il ricorso di primo grado va respinto.

Sussistono giustificate ragioni per disporre, tra le parti in causa, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

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 impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2019

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO