



DELIBERA N. 393

30 luglio 2024.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata da SIRIO Società Cooperativa Sociale - Procedura competitiva con negoziazione per l'affidamento servizio gestione asili nido "Sinfonia dei colori" e "Zucca fatata" per i minori residenti nel Comune di Quarto - CIG: B08CFA0834 - Importo: euro: 566.775,87 - S.A.: Comune di Quarto (NA)

UPREC/PRE/01866/2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 108 del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Offerta tecnica – divieto commistione offerta economica

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Offerta economicamente più vantaggiosa – Divieto commistione offerta tecnica ed economica – Esclusione - Necessità

Non è affetta da nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione la clausola del disciplinare che commini l'esclusione del concorrente dalla gara in ragione dell'inserimento di elementi di natura economica, da allegare alla busta dell'offerta economica, nell'ambito dell'offerta tecnica.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 68220 del 17 giugno 2024, con cui Sirio Soc. coop. Sociale ha contestato la sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla Stazione appaltante in ragione dell'inserimento, nell'offerta tecnica, di elementi afferenti all'offerta economica;

VISTO quanto rappresentato dall'istante in merito all'iter di gara. L'art.6, lett. c), del disciplinare prevedeva l'attribuzione di un max di punti 3 per la *"Qualità Economica, intesa come compartecipazione, in termini di spesa, del soggetto partecipante mediante apporto di beni e/o attrezzature utili alla realizzazione delle attività che alla fine dell'appalto restano acquistati dall'Ente come beni patrimoniali"*, secondo le seguenti modalità: per attrezzature con valore sino a euro 800, punti 0,30; per attrezzature con valore sino a euro 1600, punti 0,70; per attrezzature con valore sino a euro 3200, punti 1,30; per attrezzature con valore sino a euro 5000, punti 2,00; per attrezzature con valore sino a euro 7000, punti 3,00. A mente del citato articolo, *"per l'attribuzione del punteggio il partecipante alla gara dovrà riportare l'elenco dei beni/attrezzature che intende fornire riportando il bene, il produttore, il codice di prodotto ed il relativo prezzo dedotto dal portale Consip o, in mancanza, dai siti internet di comparazione dei prezzi ... che dovranno essere indicati"*. L'istante, ai fini del conseguimento del punteggio massimo, ha prodotto, nella busta contenente l'offerta tecnica, un preventivo di spesa per l'acquisto delle attrezzature. Tuttavia, la Stazione appaltante ha ritenuto che attraverso l'inserimento di tale preventivo l'istante avesse violato il principio di segretezza dell'offerta economica e il divieto di commistione tra l'offerta tecnica ed economica, espressamente sanzionato con l'esclusione dalla gara dall'art. 12.3, lett. e) del disciplinare;

VISTE le specifiche censure articolate dall'istante. Questi contesta, *in primis*, l'errato richiamo all'art. all'art.12.3 lett. e) del disciplinare di gara, tenuto conto che tale disposizione afferisce alla diversa ipotesi in cui il "quadro economico" dell'offerta sia inserito in una busta differente da quella contenente la offerta economica. Richiama poi l'orientamento giurisprudenziale in tema di commistione tra elementi dell'offerta tecnica ed economica, secondo cui il divieto di commistione non preclude l'inserimento in sé di elementi economici nell'offerta tecnica, che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché si tratti di elementi economici correlati a listini ufficiali o, comunque, prezzi di mercato, afferenti ad elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica, che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta del concorrente (ex multis: Consiglio di Stato, Sez. V, 11.5.2022, n.3725). Nel caso di specie, l'indicazione della mera valorizzazione secondo il prezzario MEPA dei beni aggiuntivi offerti è evidentemente inidonea a disvelare, neppure potenzialmente, la portata dell'offerta economica prodotta dalla Coop. Sociale istante, anche e soprattutto in ragione dell'assoluta esiguità ed irrisorietà del relativo importo rispetto alla intera consistenza economica dell'offerta;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 69535 del 19 giugno 2024;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 71410 del 24 giugno 2024, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato, preliminarmente, che alla procedura di gara in oggetto hanno preso parte n. 6 operatori economici e tutti, tranne l'istante, hanno inserito nella busta "B" dell'offerta tecnica solo la fornitura aggiuntiva di materiale senza indicare alcun elemento economico connesso a tale fornitura. Inoltre, ha rilevato che il disciplinare di gara prevedeva all'art. 6, lett. c), che il costo delle forniture aggiuntive avrebbe dovuto essere inserito nella busta dell'offerta economica e l'art. 9 stabiliva che avrebbe determinato l'esclusione del concorrente l'inserimento, nella busta B, della eventuale compartecipazione, in termini di spesa, alla realizzazione del servizio. La Commissione, pertanto, attraverso l'esclusione dell'istante, si è limitata a dare applicazione a quanto previsto negli atti di gara;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 71925 del 24 giugno 2024, con cui Sirio Soc. Coop. Sociale ha ritenuto inconferente il richiamo all'art. 9 del disciplinare, avuto riguardo alla costante e conclamata giurisprudenza in tema di tassatività delle clausole di esclusione. Tale previsione, infatti, si risolve in una comminatoria di esclusione ancorata ad un mero formalismo vuoto di contenuto, atteso che è assolutamente irrilevante la valorizzazione della compartecipazione del concorrente alle spese di

realizzazione del servizio rispetto al corrispettivo a base d'asta. L'indicazione del detto dato economico, peraltro parametrato sul prezziario MEPA e, quindi, non indicante una precipua voce di costo, si appaleserebbe del tutto influente, non potendo - in alcun modo - dallo stesso desumersi l'entità dell'offerta economica di cui alla busta C;

VISTA la documentazione di gara trasmessa dalle parti;

CONSIDERATO che, secondo costante giurisprudenza, la *ratio* del divieto di commistione tra elementi dell'offerta tecnica ed economica è quella di evitare che la conoscenza degli aspetti economici dell'offerta possa influenzare la valutazione di quelli tecnici. Il pericolo che si intende scongiurare è, dunque, quello di una potenziale compromissione della garanzia di imparzialità delle valutazioni della Commissione di gara sugli aspetti tecnico discrezionali dell'offerta tecnica. Il divieto risulta, pertanto, finalizzato all'attuazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost), sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti;

CONSIDERATO, altresì, che la giurisprudenza più recente ha osservato come il suddetto divieto si declini in una triplice regola: 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 ridetta commistione; b) è precluso ai concorrenti l'inserimento di elementi economico-quantitativi all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa); c) l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica. Invero, la conoscenza di elementi economici da parte della Commissione di gara, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, che precede quella di valutazione dell'offerta economica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della Commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della Commissione stessa. Si legge ancora nella pronuncia che *"Il divieto in parola, peraltro, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara; in particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, III, 9 gennaio 2020, n. 167): è, perciò, ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica o purché non venga anticipatamente reso noto il «prezzo» dell'appalto. Con ciò, in definitiva, il divieto di commistione non va inteso né in senso assoluto, né in senso formalistico, ben potendo nell'offerta tecnica essere contenuti «elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o 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» (Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 273; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., III, 12 luglio 2018, n. 4284; Id., III, 3 aprile 2017 n. 1530).* (Cons. Stato, 22 aprile 2024, n. 3663);

RILEVATO che, nel caso di specie, l'art. 6 del disciplinare stabiliva che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed indicava i seguenti criteri di valutazione delle offerte: A. QUALITÀ DEL SERVIZIO: fino a 40 punti così determinati: A1) Validità della proposta progettuale di gestione del servizio; A2) Attivazione di ulteriori servizi previsti in catalogo sino ad un massimo; B. CAPACITÀ TECNICA E ORGANIZZATIVA, fino a 27 punti, determinati della formazione, qualificazione, ed esperienza professionale degli operatori coinvolti nell'espletamento quotidiano del servizio di gestione e di progetti di risposta alle esigenze manifestate dall'utenza; C. QUALITÀ ECONOMICA, intesa come compartecipazione, in termini di spesa, del soggetto partecipante mediante apporto di beni e/o attrezzature utili alla realizzazione delle attività che alla fine dell'appalto restano acquisiti dall'Ente come beni patrimoniali, con assegnazione del punteggio in funzione del valore delle

attrezzature. Il disciplinare precisava, altresì, che, per l'attribuzione del punteggio, il partecipante avrebbe dovuto riportare l'elenco dei beni/attrezzature che intendeva fornire, indicando il bene, il produttore, il codice di prodotto ed il relativo prezzo dedotto dal portale Consip o, in mancanza, dai siti internet di comparazione dei prezzi (es. kolkoo, twenga, etc.). D. PREZZO: fino ad un massimo di punti 30;

RILEVATO che l'art. 9, punto 3, prevedeva che avrebbe determinato l'esclusione dalla gara del concorrente *"l'inserimento nella busta B, contenente l'offerta tecnica, dell'offerta economica, del quadro economico e della eventuale compartecipazione in termini di spesa alla realizzazione del servizio"*;

RILEVATO, inoltre, che l'art. 11 del disciplinare, rubricato "Documentazione per attribuzione punteggio previsto alle lettere A e B dei criteri", stabiliva che *"La busta virtuale "B - offerta tecnica", deve contenere i seguenti documenti, finalizzati all'attribuzione dei punteggi previsti alle lettere A e B con relativi suffissi, dei criteri di aggiudicazione"* mentre il successivo art. 12, "Contenuto della busta virtuale "C - Offerta Economica", prevedeva che, oltre al ribasso, *"1 La busta C dovrà contenere: 1.a una dichiarazione contenente l'eventuale compartecipazione del concorrente in termini di costi di realizzazione ed apporto di strutture, come previsto alla lettera C dei criteri"*;

CONSIDERATO che dall'esame delle citate clausole del disciplinare di gara emerge, chiaramente ed inequivocabilmente, che l'elemento C, relativo alla eventuale compartecipazione in termini di spesa alla realizzazione del servizio, doveva essere inserito all'interno della busta contenente l'offerta economica;

CONSIDERATO che la scelta della Stazione appaltante di sanzionare con l'esclusione dalla gara il concorrente che avesse inserito il predetto elemento C nell'ambito dell'offerta tecnica non appare viziata da illogicità manifesta o arbitrarietà né tantomeno da nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Attraverso tale previsione, infatti, la Stazione appaltante ha voluto preservare la piena e incondizionata trasparenza della valutazione della Commissione di gara in merito agli elementi discrezionali e qualitativi delle offerte tecniche (in particolare, dell'elemento A), evitando che la conoscenza anticipata di elementi di natura economica, ed in particolare del valore delle attrezzature proposte – che, secondo il disciplinare, al termine dell'appalto, sarebbero state acquisite al patrimonio dell'Ente – potesse alterare la serenità del giudizio. Non si tratta, pertanto, di una prescrizione meramente formale ma di una applicazione concreta del divieto di commistione: la Stazione appaltante ha valutato che l'inserimento del valore delle attrezzature, pur se inidoneo ex se a disvelare il contenuto dell'offerta economica, fosse potenzialmente in grado di orientare il giudizio della Commissione sulla parte tecnica dell'offerta;

CONSIDERATO, peraltro, che la clausola del disciplinare che prevede il divieto di inserimento del valore economico delle attrezzature nell'ambito dell'offerta tecnica risulta attuativa dei principi del risultato e della fiducia. Invero, l'art. 1 del d.lgs. 36/2023, dopo aver stabilito che *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza"*, prevede al comma 4 che *"Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto..."*. Sul punto, la Relazione illustrativa del Consiglio di Stato, precisa che *"Si tratta, quindi, di un principio-guida nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione europea, norme di legge ordinaria, atti di regolazione e indirizzi della giurisprudenza"*. Al contempo, il successivo art. 2, comma 2, del Codice prevede che *"Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato"*. Anche rispetto al principio della fiducia appare opportuno richiamare un significativo passaggio della Relazione illustrativa, ove il Consiglio di Stato ha osservato come *"Non si tratta, allora, di "regalare la fiducia" a funzionari che non la meritano,*

né tanto meno di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale. Si tratta, al contrario, di dettare una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere. Ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, sconfigge l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale;

RITENUTO, pertanto, che l'esclusione dalla gara della Sirio soc. coop. Sociale è conforme alle prescrizioni della *lex specialis* di gara in ordine alle conseguenze dell'inserimento dell'elemento C nella busta dell'offerta tecnica. Si osserva, peraltro, che l'inserimento del preventivo di spesa non assolveva affatto alla funzione di meglio illustrare alcuni elementi qualitativi della proposta tecnica dell'istante ma risulta, con tutta evidenza, riconducibile ad un errore: è, pertanto, corretto il richiamo effettuato dalla Stazione appaltante al principio dell'autoresponsabilità, in forza del quale ciascuno dei concorrenti sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 9); all'impresa che partecipa a pubblici appalti è richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore alla media: una diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara (Cons. Stato, n. 448 del 2022);

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'esclusione della Sirio soc. coop. Sociale è conforme alle prescrizioni del disciplinare di gara in tema di divieto di inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 agosto 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente