



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1160 del 2011, proposto dal Consorzio Veneto Cooperativo s.c.p.a. in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Carron Angelo s.p.a., rappresentate e difese dagli avv. Alfredo Piscicelli, Michela Reggio D'Acì, con domicilio eletto presso Michela Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni, n. 288;

contro

Provincia di Venezia, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti, Roberta Brusegan, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88; Impresa Coletto s.a. di Coletto M.& C. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Adriastrade s.r.l., Gheller s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Manzi, Vittorio Domenichelli, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO, SEZIONE I n. 63/2011, resa tra le parti, concernente appalto lavori di riorganizzazione della viabilità in corrispondenza della rotatoria "Picchi".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Venezia e della Impresa Coletto s.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Reggio D'Acì, Vinti e A. Manzi per delega dell'avvocato L. Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Provincia di Venezia ha indetto una gara di appalto di lavori di “riorganizzazione della viabilità in corrispondenza della rotatoria Picchi” da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa con importo complessivo a base di gara di euro 10.530.629,20.

L’appalto è stato aggiudicato all’a.t.i. costituenda tra le imprese Coletto s.a.s., Adriastrade s.r.l. e Gheller s.r.l. (d’ora innanzi a.t.i. Coletto o a.t.i. controinteressata), odierna controinteressata, che ha conseguito punti 85,55.

La seconda classificata è stata, con punti 83,54, l’a.t.i. costituenda tra le imprese Consorzio Veneto Cooperativo s.c.p.a., Carron Cav. Angelo s.p.a. (d’ora innanzi a.t.i. COVECO o a.t.i. ricorrente o a.t.i. appellante).

2. La seconda classificata (a.t.i. COVECO) ha proposto ricorso e successivi motivi aggiunti al Tar Veneto contro:

- la determinazione dirigenziale 1 luglio 2010 della Provincia di Venezia, con cui sono state approvate le risultanze della gara e l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva all'a.t.i. controinteressata;
- il verbale di gara 31 marzo 2010 n. 6 relativo alla seduta in cui la commissione di gara ha esaminato le offerte tecniche;
- il verbale di gara 8 aprile 2010 n. 7 relativo alla seduta in cui la commissione di gara ha attribuito i punteggi alle offerte tecniche;
- il verbale di gara 22 aprile 2010 n. 8 relativo alla seduta pubblica in cui la commissione ha dato lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, ha aperto le buste contenenti le offerte economiche, quelle contenenti l'offerta tempo e quella contenente l'offerta in aumento della soglia dei sal, ha attribuito i punteggi e ha stilato la graduatoria dichiarando l'aggiudicazione provvisoria;
- il contratto eventualmente *medio tempore* stipulato.

3. Con il ricorso di primo grado si è dedotto che:

- la legge di gara prevedeva anche la presentazione da parte dei concorrenti di quattro offerte tecniche migliorative;
- nell'ambito dell'offerta tecnica migliorativa 2 per tipologia ed elementi funzionali degli impianti tecnologici generali (elettrici e di illuminazione) dell'a.t.i. aggiudicataria vi sarebbe una illegittima commistione tra elementi tecnici ed elementi economici, in violazione del disciplinare di gara (pag. 15) che vieta a pena di esclusione l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi "in qualche modo riconducibili ad aspetti di offerta economica";
- tre delle quattro offerte tecniche migliorative presentate dall'a.t.i. aggiudicataria, e in particolare le offerte 1, 3 e 4, violerebbero la prescrizione del capitolato (pag. 13, punto e) secondo cui "le proposte migliorative offerte devono essere formulate mediante la descrizione della proposta stessa, della relativa voce di descrizione del

lavoro e dei materiali. In mancanza della descrizione della voce di lavoro e dei materiali, alla proposta migliorativa verrà attribuito coefficiente zero”;

- a tali tre offerte migliorative avrebbe dovuto essere attribuito punteggio zero e questo avrebbe comportato la conquista del primo posto da parte dell'a.t.i. ricorrente.

4. A sua volta l'a.t.i. controinteressata ha proposto in primo grado ricorso incidentale con cui ha proposto analoghe censure nei confronti dell'a.t.i. ricorrente; anche la sua offerta tecnica presenterebbe una commistione con elementi di offerta economica, e anche la sua offerta migliorativa 1 relativa alla tipologia delle fondazioni profonde violerebbe la prescrizione del disciplinare relativa alla descrizione del lavoro e dei materiali.

5. Con ordinanza n. 617/2010 il Tar ha accolto la domanda cautelare.

6. Con la sentenza in epigrafe (Tar Veneto, 18 gennaio 2011 n. 63) il giudice di primo grado:

- ha respinto il primo motivo del ricorso di primo grado ritenendo che l'offerta aggiudicataria non contenga una commistione di elementi tecnici ed economici, in quanto indica prezzi ipotetici del sistema di illuminazione indicato dalla stazione appaltante e di quello alternativo offerto dalla concorrente, al fine di dare un ordine di idee dei vantaggi economici in termini di risparmio energetico e contenimento dei costi, come prescritto dalla stessa legge di gara; i prezzi indicati sarebbero ipotetici prezzi di mercato non coincidenti, poi, con quelli effettivamente offerti nella sede propria, ossia l'offerta economica;

- ha esaminato il ricorso incidentale nella parte in cui sostiene che l'offerta migliorativa 1 dell'a.t.i. ricorrente doveva avere coefficiente zero, e accolto tale motivo in base al rilievo che effettivamente tale offerta non conteneva le voci di descrizione del lavoro e dei materiali;

- ha assorbito, per l'effetto, il secondo motivo del ricorso di primo grado;

- ha compensato le spese di lite.

7. Ha proposto appello l'originaria ricorrente, ritualmente e tempestivamente notificato e depositato.

Si sono costituite le altre parti opponendosi all'accoglimento del gravame.

8. L'appello contiene anche la domanda di sospensione della sentenza gravata.

8.1. La sezione, con ordinanza 23 marzo 2011 n. 1337 ha respinto la domanda cautelare ritenendo, *“nei limiti della delibazione sommaria, che appare condivisibile l'impostazione della sentenza appellata, nella parte in cui rileva l'inidoneità dei prezzi esplicitati nell'offerta tecnica a rivelare il contenuto dell'offerta economica, mentre merita l'approfondimento proprio dell'esame nel merito la questione relativa all'insufficiente descrizione delle proposte migliorative di entrambe le parti”*.

L'ordinanza ha condannato l'a.t.i. ricorrente al pagamento delle spese della fase cautelare nella misura complessiva di euro 10.000 e in particolare di euro 5.000 in favore di ciascuna delle parti costituite.

9. Con il primo motivo di gravame (da pag. 9 a pag. 23 dell'atto di appello) si lamenta la violazione ed errata interpretazione e applicazione della *lex specialis* di gara e dei principi normativi relativi alla *par condicio* dei concorrenti e alla segretezza delle offerte, nonché l'omesso ed errato esame degli atti di causa.

Si assume, in dettaglio, che:

- con il ricorso di primo grado si lamentava che nell'offerta migliorativa 2 l'a.t.i. aggiudicataria aveva indicato il costo unitario di euro 892 a fianco del proposto corpo illuminante a LED 114 W e il costo unitario di euro 475 a fianco del corpo illuminante posto a base di gara “Philip Modena 150 W SAP”;

- con i motivi aggiunti di primo grado si era precisato che detti prezzi non erano listini di prezzi al pubblico, ma una vera e propria offerta della concorrente, sicché non era invocabile la tesi giurisprudenziale secondo cui non c'è commistione tra

elementi tecnici ed economici se nell'offerta tecnica si inseriscono listini prezzi al pubblico provenienti da case produttrici di beni;

- pertanto i prezzi indicati nell'offerta migliorativa 2 non erano costi virtuali o prezzi di listino, e nemmeno i prezzi indicati dalla stazione appaltante a base di gara, ma avrebbero costituito una vera e propria offerta economica illegittimamente contenuta nell'offerta tecnica;

- essendo il prezzo per il corpo illuminante SAP a base di gara pari a euro 760, e quello indicato nell'offerta tecnica pari a euro 475, la concorrente avrebbe anticipato un ribasso del prezzo pari al 37,5%;

- a torto il Tar ha accolto la prospettazione che sarebbero stati indicati nell'offerta tecnica solo "prezzi ipotetici";

- né sarebbe rilevante che i prezzi indicati nell'offerta economica per il corpo illuminante SAP e quello a Led sono diversi da quelli indicati nell'offerta tecnica, e ad essi superiori, perché questa è solo una valutazione *ex post*, resa possibile dopo l'apertura dell'offerta economica, mentre per valutare la commistione tra offerta tecnica ed economica occorreva compiere una valutazione *ex ante*, al momento dell'apertura dell'offerta tecnica; infatti la legge di gara vietava in modo assoluto l'indicazione di elementi di offerta economica nell'offerta tecnica, e secondo l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la commistione è vietata a prescindere dalla idoneità del dato economico prospettato a consentire la ricostruzione del prezzo indicato nell'offerta economica (parere 27 maggio 2010 n. 107);

- la circostanza che il disciplinare di gara indica tra i criteri dell'offerta tecnica la minimizzazione dei costi di gestione della manutenzione programmata e periodica non giustifica l'interpretazione, fatta propria anche dal Tar secondo cui l'offerta tecnica doveva necessariamente contenere elementi di offerta economica; si sarebbe potuto indicare solo le caratteristiche tecniche; per converso sarebbe stato possibile indicare elementi economici quanto al contenimento dei consumi

energetici e all'utilizzo di energie rinnovabili e all'aspetto della manutenzione, come avrebbero fatto l'a.t.i. appellante ed altri concorrenti.

10. Il mezzo è infondato e la sentenza merita conferma.

10.1. Le motivazioni della sentenza non sono scalfite dalle critiche dell'appellante e il Collegio le fa proprie.

10.2. In aggiunta, osserva il Collegio che lo stesso codice appalti, nell'indicare gli elementi che compongono l'offerta tecnica, indica 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 regolamento attuativo del codice appalti prescrive che le offerte tecniche siano esaminate in seduta segreta e che solo successivamente, in seduta pubblica, siano esaminate le offerte economiche (art. 120 d.P.R. n. 207/2010).

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.

10.3. Peraltro 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 vigenti, di segretezza dell'offerta economica fino al completamento della valutazione delle offerte tecniche.

Ma anche la giurisprudenza (invocata dall'appellante) non si spinge ad affermare il divieto assoluto di indicare elementi economici all'interno dell'offerta tecnica, nel modo rigoroso preteso dall'appellante.

10.4. La giurisprudenza 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 alcuni 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 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 alcuni 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).

10.5. 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;

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 consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla:

e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi 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 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.

10.6. E' alla luce di tali criteri che va interpretata, secondo criteri non solo letterali, ma anche logici e sistematici, la prescrizione del disciplinare di gara (pag. 15) che vieta a pena di esclusione l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi "*in qualche modo riconducibili ad aspetti di offerta economica*".

Appunto è vietato dalla *lex specialis* di gara non già l'inserimento in sé di elementi economici nell'offerta tecnica (il che era impossibile avuto riguardo alle stesse prescrizioni del disciplinare di gara che comportavano il necessario inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica), ma l'inserimento di elementi riconducibili alla specifica offerta economica correlata all'offerta tecnica.

10.7. Nel caso di specie è pacifico che, al di là della questione di quale sia la fonte dei costi indicati nell'offerta migliorativa 2 dell'a.t.i. aggiudicataria (prezzi di listini pubblici, costi di mercato, costi ipotetici), i prezzi indicati sono diversi, con uno scarto di circa il 15%, rispetto ai prezzi effettivi indicati nell'offerta economica (che sono maggiori di circa il 15%), e sono dunque correttamente stati ritenuti, sia dal

seggio di gara, sia dal Tar, prezzi ipotetici che non violano la segretezza dell'offerta economica.

Si tratta inoltre di prezzi relativi ad una singola voce marginale, il corpo illuminante, e peraltro relativi ad una proposta migliorativa che era mera facoltà della stazione appaltante accettare o meno.

In nessun modo la indicazione di due voci di prezzo a confronto nell'offerta tecnica (una sola era la prestazione che avrebbe scelto la stazione appaltante, e dunque uno solo dei due prezzi sarebbe stato rilevante) può aver violato la segretezza dell'offerta economica e influito sulle valutazioni della commissione di gara.

Per quanto esposto va respinto il primo motivo di appello.

11. Con il secondo motivo di gravame (da pag. 23 a pag. 26 dell'atto di appello) si contesta il capo di sentenza che ha accolto il ricorso incidentale di primo grado, e si lamenta l'omesso esame del secondo motivo del ricorso di primo grado.

Si lamenta che la offerta migliorativa 1 dell'a.t.i. appellante era rispettosa delle prescrizioni di gara e che per converso non lo erano tre delle quattro offerte migliorative dell'a.t.i. aggiudicataria.

12. Per ragioni di economia processuale si può prescindere dalla questione se l'offerta migliorativa 1 dell'a.t.i. appellante fosse o meno rispettosa delle prescrizioni di gara, e si può passare ad esaminare la censura contenuta nel secondo motivo del ricorso di primo grado, non esaminata dal Tar, inerente la completezza di tre delle quattro offerte migliorative dell'a.t.i. aggiudicataria.

Il motivo è infondato.

12.1. Il capitolato (pag. 13, punto e) prescrive che “le proposte migliorative offerte devono essere formulate mediante la descrizione della proposta stessa, della relativa voce di descrizione del lavoro e dei materiali. In mancanza della

descrizione della voce di lavoro e dei materiali, alla proposta migliorativa verrà attribuito coefficiente zero”.

Un attento esame delle offerte migliorative 1, 3 e 4 dell'a.t.i. aggiudicataria induce il Collegio a ritenere che esse fossero sufficientemente dettagliate quanto alla voce di lavoro e ai materiali (documenti 16, 18 e 19 della produzione di parte appellante).

12.2. L'offerta migliorativa 1 relativa alla tipologia delle fondazioni propone di eliminare i setti di diaframma e di modificare la sezione del manufatto in calcestruzzo, passando da una forma a C rovescio con elementi a trazione verticale (setti di diaframma) ad una forma a p greco rovescio; vengono indicati i materiali (calcestruzzo) e le relative dimensioni, e dunque la tipologia di lavori da svolgere e i materiali da impiegare.

12.3. L'offerta migliorativa 3 relativa alla tipologia dei giunti indica in dettaglio la tipologia dei giunti e il materiale di rinforzo e impermeabilizzazione, citandosi, solo per fare qualche esempio, il calcestruzzo impermeabilizzato con Penetron Admix, la stuccatura della fessura con malta impermeabile a reazione cristallina Penecrete Malta; sono anche allegate le schede tecniche dei materiali proposti. Si può pertanto ritenere l'offerta sufficientemente corredata delle voci di descrizione del lavoro e dei materiali.

12.4. L'offerta migliorativa 4 relativa alla tipologia delle opere a verde, parimenti indica in dettaglio il tipo di piante che si propone di inserire nella rotonda Picchi e nelle ulteriori aree a bordo strada, si citano ad esempio le specie coprisuolo (essenze tappezzanti quali cotone aster salicifolia e la lavandula), i muri verdi (per i quali si propone l'edera colchica argeriensis), i pioppi cipressini; si descrivono le tecniche di impianto (si menzionano, per es., per i muri verdi, le sottostrutture in carpenteria metallica con pannellature in cavi in acciaio, si menziona un impianto di irrigazione goccia a goccia e la relativa tecnica di realizzazione). Sono anche fornite le schede tecniche di alcuni materiali proposti.

Anche tale offerta sfugge pertanto alla censura di omessa indicazione delle voci di descrizione del lavoro e dei materiali.

13. In conclusione, l'appello va respinto.

Considerato che in fase cautelare l'appellante è già stata condannata al pagamento delle spese nella misura di euro 10.000, si stima equo liquidare le spese della presente fase in ulteriori quattromila euro, da dividersi in ragione di duemila euro in favore di ciascuna parte costituita, e che ovviamente si sommano ai già liquidati euro 10.000 in ragione di euro 5.000 in favore di ciascuna delle parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese e onorari della presente fase nella misura di euro duemila in favore di ciascuna delle parti costituite, che si aggiungono alle spese già liquidate per la fase cautelare nella misura di euro 10.000 in ragione di euro 5.000 in favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)