



# DELIBERA N. 8

7 gennaio 2021

## Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Società Cooperativa di Produzione e Lavoro "Tre Fiammelle" – Servizio di Pulizia e Igiene Ambientale, integrato per far fronte all'emergenza Covid -19, degli immobili sede degli uffici del Comune di Bari per nove mesi - Importo a base di gara: euro 1.836.555,84 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Bari

### **PREC 239/2020/S**

## Riferimenti normativi

Articolo 95 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

## Parole chiave

Offerta economicamente più vantaggiosa – Principio di segretezza dell'offerta – Tassatività cause di esclusione

## Massima

**Offerta economicamente più vantaggiosa – Principio di segretezza dell'offerta - Separazione offerta tecnica e offerta economica – Elementi quantitativi e qualitativi dell'offerta – Ricostruzione offerta economica -Tassatività cause di esclusione**

E' nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione la clausola della *lex specialis* che commina l'esclusione in caso di mancata separazione dagli elementi qualitativi dell'offerta di elementi quantitativi che non consentono di ricostruire, anche solo parzialmente, l'entità dell'offerta economica o comunque la sua consistenza e convenienza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 7 gennaio 2021

DELIBERA

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 84594 del 10 novembre 2020, con la quale l'operatore economico Società Cooperativa di Produzione e Lavoro "Tre Fiammelle" ha contestato la propria esclusione dalla gara in oggetto, comminata per avere prodotto, in violazione della legge di gara, «*direttamente nella sezione dedicata all'offerta tecnica qualitativa elementi soggetti a valutazione automatica*»;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 18 novembre 2020 con nota prot. n. 87546;

Vista le memorie e la documentazione prodotta dalle parti;

Vista la doglianza dell'istante, secondo la quale la clausola del bando che commina l'esclusione in caso di mancata separazione dell'offerta tecnico-quantitativa da quella tecnico-qualitativa, ovvero in caso di inserimento di elementi concernenti l'offerta tecnico-quantitativa a valutazione automatica in quelli costituenti l'offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale, sarebbe nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui al comma 8 dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, volto a favorire la massima partecipazione con il divieto di aggravio del procedimento;

Visto quanto rilevato dalla stazione appaltante, con nota acquisita al prot. n. 88345 del 20 novembre 2020, in ordine alla finalità della clausola contestata, riconducibile alla necessità di preservare il principio di separatezza dell'offerta tecnico-qualitativa da quella tecnico-quantitativa, essendo quest'ultima riconducibile, in ragione del meccanismo automatico di attribuzione del punteggio, a quella economica e, quindi, idonea a condizionare, anche solo potenzialmente, la valutazione della stazione appaltante;

Visto quanto osservato dalla controinteressata aggiudicataria La Lucente S.p.A., con nota acquisita al prot. n. 88782 del 23 novembre 2020, circa la legittimità dell'esclusione, per avere l'istante violato la clausola del bando, anticipando nell'offerta tecnico-qualitativa parametri quantitativi idonei a influenzare la valutazione degli elementi discrezionali, nonché quanto argomentato in ordine alla legittimità della clausola stessa;

Vista la clausola del bando secondo cui «*L'offerta tecnica a valutazione discrezionale riferita ai criteri nn. A.1 e A.2 del disciplinare andrà inserita nella busta telematica "OFFERTA TECNICA", nella sezione denominata "OFFERTA TECNICA A VALUTAZIONE DISCREZIONALE CRITERI NN. A.1 e A.2"*» mentre «*L'offerta tecnica a valutazione automatica riferita ai sub criteri nn. A.3 e A.4 del disciplinare andrà inserita, a pena di esclusione, nella busta telematica "OFFERTA TECNICA", nella sezione denominata "OFFERTA TECNICA A VALUTAZIONE AUTOMATICA CRITERI NN. A.3 e A.4"*», con la precisazione che «*La mancata separazione dell'offerta tecnico-quantitativa da quella tecnico qualitativa come sopra indicato, ovvero l'inserimento di elementi concernenti l'offerta tecnico-quantitativa a valutazione automatica in quelli costituenti l'offerta tecnica qualitativa a valutazione discrezionale, costituirà causa di esclusione*»;

Considerato che, nel caso in esame, l'istante, pur avendo correttamente presentato due differenti "pliche", uno contenente l'offerta tecnico-qualitativa e l'altra l'offerta tecnico-quantitativa (cfr. Verbale n. 1 del 24 settembre 2020), ha tuttavia anticipato nell'offerta tecnico-discrezionale alcuni dati quantitativi – numero delle ore mensili effettuate dal personale di secondo livello offerto come miglioria e un prospetto recante il numero dei macchinari (cfr. verbale n. 2 del 28 settembre 2020) – che avrebbero dovuto essere inseriti esclusivamente nella sezione "offerta tecnica a valutazione automatica";

Considerato il generale divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, rispondente alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica e teso quindi ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, in concreto, l'entità dell'offerta economica, ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare "prima del tempo" la consistenza e la convenienza di tale offerta;

Considerato che da ciò discende, per costante giurisprudenza (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 731; Cons. Stato, III, 11-3-2011, n. 1582; VI, 12-12-2002, n. 6795), che le offerte economiche devono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte, al fine di evitare che gli elementi di valutazione di carattere

automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali; con la conseguenza che la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere inserite in buste separate, proprio al fine di evitare la suddetta commistione (Consiglio di Stato, 19 ottobre 2020, n. 6308);

Considerato che, oltre al prezzo, l'offerta si compone di altri elementi quantitativi (Cfr. Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa") soggetti a valutazione automatica (con attribuzione del punteggio su base tabellare o del punteggio assoluto) la cui conoscenza anticipata potrebbe, del pari, fornire indicazioni circa la consistenza dell'offerta economica e potrebbe dunque incidere sulla modulazione del giudizio della Commissione relativo ai profili dell'offerta soggetti a valutazione discrezionale; in tali casi, la clausola del disciplinare di gara che ne prevedesse, a pena di esclusione, l'inserimento in una sezione separata dell'offerta supererebbe il vaglio di validità alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione perché sarebbe rispondente ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, sub specie della trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti (Cfr. Parere di precontenzioso n. 558 del 12 giugno 2019, con riferimento alla conoscenza anticipata della tempistica delle prestazioni);

Ritenuto che, nel caso in esame, non emerge dalla documentazione di gara né da quanto dedotto dalle parti in sede di contraddittorio, in che modo gli elementi quantitativi da inserire in separata offerta (migliorie e macchinari, attrezzature e prodotti utilizzati), in assenza di indicazione di prezzi e/o tariffe, avrebbero potuto essere riconducibili all'offerta economica e quindi suscettibili, anche solo potenzialmente, di influenzare la valutazione discrezionale della Commissione;

Ritenuto, conseguentemente, che la clausola del disciplinare oggetto di censura, in quanto non costituisce applicazione del principio di segretezza dell'offerta, sia affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 (*"I bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*);

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e limitatamente al profilo considerato,

- non conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara della Società Cooperativa di Produzione e Lavoro "Tre Fiammelle".

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2021

Per il segretario verbalizzante Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente