



# DELIBERA N. 180

5 aprile 2022.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Calabro Inerti S.r.l. – Procedura aperta per i lavori di "Adeguamento sismico dell'edificio scolastico scuola di primo grado F. BRUNO del Comune di Paola" - Importo a base di gara euro: 998.300,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Paola

**PREC 46/2022/L**

## Riferimenti normativi

Art. 95 d.lgs. 50/2016

## Parole chiave

Offerta tecnica – criterio di valutazione – ambiguo – provvedimenti Commissione giudicatrice

## Massima

**Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Criteri – Offerta economicamente più vantaggiosa – Offerta tecnica – Elementi quantitativi – Inserimento – Lex specialis – Fuorviante – Conseguenze.**

*In una procedura di gara da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora le offerte presentate contengano elementi che non possono essere conosciuti prima della conclusione dell'esame delle offerte tecniche e tale presenza non sia riconducibile ad un errore dell'operatore economico, tale da comportarne la sua esclusione dalla gara, ma ad una fuorviante formulazione della lex specialis, la Commissione giudicatrice è tenuta ad astenersi dal compiere qualsiasi valutazione e a rimettere gli atti alla Stazione appaltante ai fini dell'adozione delle determinazioni di competenza.*



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 5 aprile 2022

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 14031 del 24 febbraio 2022, con cui la Soc. Calabro Inerti S.r.l., seconda classificata nella procedura di gara in oggetto, ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere sulla correttezza del punteggio attribuito dalla Commissione giudicatrice in relazione al criterio di valutazione delle offerte tecniche A.1.2 "Minori tempi di realizzazione, con redazione dei grafici cantierabili e la descrizione dettagliata delle modalità esecutive degli interventi e delle fasi";

VISTA la corrispondenza intercorsa tra la Soc. Calabro Inerti S.r.l. e la Stazione appaltante, allegata all'istanza di precontenzioso;

RILEVATO che l'istante ha presentato una richiesta di accesso all'offerta tecnica della Tecnosud S.r.l., collocatesi al primo posto della graduatoria, richiedendo, contestualmente, alla Stazione appaltante, spiegazioni e chiarimenti in merito: a) alla disparità dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari in relazione al menzionato criterio A.1.2., trattandosi di un criterio di valutazione prettamente quantitativo, ovvero fondato sulla mera riduzione dei tempi di lavorazione; b) sulle motivazioni per cui, nel verbale di gara n. 5, prima della trascrizione delle schede di attribuzione dei coefficienti di valutazione attribuiti da ciascun Commissario, la Commissione ha precisato che il criterio A.1.2. "*è da intendersi non come un'offerta temporale con ribasso dei tempi di esecuzione, che da normativa vigente in materia e da giurisprudenza consolidata è da inserirsi nella terza fase di valutazione economica e non nella fase di valutazione amministrativa o tecnica, ma bensì quale esplicitazione mediante grafici cantierabili e descrizione dettagliata delle modalità esecutive degli interventi e delle fasi. Alla luce di quanto sopra, nella valutazione del criterio, la commissione non terrà conto dei valori numerici contenute nelle offerte. La Commissione precisa altresì che il bando di gara quale lex specialis non prevede l'offerta temporale*";

RILEVATO che la Stazione appaltante, nel negare l'accesso all'offerta tecnica presentata dalla Tecnosud S.r.l. in ragione del diniego da questi opposto, quale controinteressata ai sensi della L. 241/90, ha chiarito che la precisazione riportata nel verbale n. 5 in riferimento al criterio A.1.2. è conforme all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, secondo il quale l'indicazione della riduzione delle tempistiche di lavorazione non costituisce un'anticipazione dell'offerta economica, bensì una caratteristica dell'offerta tecnica. Pertanto, sulla scorta ermeneutica di tale criterio sono stati attribuiti i punteggi tecnici dalla Commissione giudicatrice;

VISTA la nota prot. n. 18126 dell'11 marzo 2022 con cui è stato comunicato l'avvio del procedimento;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 18883 del 15 marzo 2022, con cui la Stazione appaltante ha ulteriormente rappresentato che la precisazione riportata dalla Commissione nel verbale n. 5 è da imputarsi al fatto che due operatori economici, tra cui la Calabro Inerti S.r.l., hanno inteso il criterio A.1.2 come mera offerta temporale, inserendo una percentuale di ribasso sui tempi di esecuzione, oltre ad un cronoprogramma delle attività con le relative tempistiche. Tale indicazione avrebbe comportato l'esclusione dei concorrenti dalla gara. Tuttavia, tenuto conto della giurisprudenza sopra richiamata e salvaguardando il principio di massima partecipazione alla gara, la Commissione ha ritenuto opportuno



procedere alla valutazione delle offerte da questi presentate, senza tener conto dei valori numerici inseriti nell'offerta tecnica. Quanto alle modalità di attribuzione del punteggio, la Stazione appaltante ha rappresentato che la valutazione richiesta era di natura soggettiva, ovvero rimessa all'apprezzamento discrezionale dei Commissari, sulla base dei grafici cantierabili e dalla descrizione degli interventi e delle fasi;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 19013 del 15 marzo 2022, con cui la Tencosud S.r.l., per un verso, ha contestato che l'istante, in spregio alle disposizioni del disciplinare di gara che prevedevano espressamente il divieto di inserimento dell'offerta temporale nell'offerta tecnica, ha inserito il cronoprogramma dei lavori con l'indicazione della riduzione dei tempi di esecuzione. Sotto altro profilo, ha segnalato come il subcriterio A.1.2, inserito all'interno del criterio A.1 "proposte tecnico-organizzative", richiedesse una valutazione soggettiva delle offerte presentate, con particolare riferimento alla scelta di materiali diversi da quelli previsti in progetto e delle diverse tecnologie costruttive utilizzate dagli operatori economici, aspetti che avrebbero avuto poi ricadute positive sui tempi di esecuzione dei lavori;

VISTI gli atti di gara e la documentazione trasmessa;

CONSIDERATO che la soluzione della questione sollevata dall'istante richiede di svolgere una duplice analisi: la prima, in merito all'esatta interpretazione del criterio di valutazione delle offerte A.1.2 e delle relative modalità di attribuzione del punteggio; la seconda sulla correttezza dell'operato della Commissione di gara;

CONSIDERATO, in via generale, che, secondo pacifica giurisprudenza del giudice amministrativo, l'interpretazione della *lex specialis* soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, fermo restando, per un verso, che il giudice deve in ogni caso ricostruire l'intento perseguito dall'amministrazione ed il potere concretamente esercitato sulla base del contenuto complessivo dell'atto (c.d. interpretazione sistematica) e, per altro verso, che gli effetti del provvedimento, in virtù del criterio di interpretazione di buona fede, ex art. 1366 c.c., devono essere individuati solo in base di ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere (Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364; id., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1769);

RILEVATO che, nel caso di specie, il criterio di valutazione A.1.2 premiava con l'attribuzione di massimo 12 punti l'offerta tecnica recante "Minori tempi di realizzazione, con redazione dei grafici cantierabili e la descrizione dettagliata delle modalità esecutive degli interventi e delle fasi";

CONSIDERATO che l'interpretazione del citato criterio induce a ritenere che oggetto di valutazione, ai fini dell'attribuzione del punteggio, fosse la riduzione dei tempi di esecuzione offerta dai concorrenti. Seguendo tale via, la produzione di grafici cantierabili e della descrizione sulle modalità esecutive degli interventi e delle fasi (ovvero il cd. cronoprogramma) potrebbe essere letta come misura volta a comprovare la fattibilità della riduzione temporale proposta. Come se, la Commissione giudicatrice, nell'esercizio della discrezionalità tecnica che le compete, fosse tenuta, in prima analisi, a verificare la congruità e concreta realizzabilità della riduzione proposta, esaminando, a tal fine, i grafici prodotti; concluso positivamente il vaglio di ammissibilità, l'attribuzione dei punteggi sarebbe avvenuta secondo un criterio puramente matematico, ovvero assegnando al concorrente che proponeva una maggiore riduzione il punteggio più elevato e, agli altri, punteggi proporzionalmente inferiori;



RILEVATO, tuttavia, che la suggerita interpretazione del criterio A.1.2 risulta porsi in antitesi i) con le modalità di attribuzione del punteggio stabilite dal disciplinare, affidate ad una valutazione qualitativo-discrezionale della Commissione giudicatrice, e ii) con la clausola contenuta all'art. 21 del disciplinare che sanzionava con l'esclusione dalla gara la mancata separazione dell'offerta tempo dall'offerta tecnica;

CONSIDERATO che la diversa interpretazione del criterio A.1.2., sostenuta dalla Stazione appaltante e dalla Soc. Tecnosud S.r.l., in forza della quale la valutazione sarebbe rimessa ad un apprezzamento puramente discrezionale della Commissione, si scontra con il dato letterale, che espressamente premia i "minori tempi di esecuzione" e che utilizza la congiunzione "con" – da intendere necessariamente come sinonimo di "insieme a" "accompagnata da" - prima dell'indicazione degli elementi da produrre insieme all'offerta della riduzione temporale. Inoltre, tale interpretazione risulta ingiustificata alla luce dell'assenza, negli atti di gara, dei criteri in base ai quali i grafici cantierabili e la descrizione delle modalità esecutive degli interventi e delle fasi sarebbero state valutate dalla Commissione; è sufficiente un raffronto con gli altri criteri di valutazione delle offerte (ad es. con il criterio A.1.3 "*Proposte integrative sulle opere poste a base di gara: infissi esterni e copertura*" e A1.4 "*Proposte di soluzioni migliorative sulla qualità dei materiali impiegati per le opere di finitura, poste a base di gara: pavimenti, infissi esterni e tinteggiatura interna*") per verificare come, in relazione al criterio a.1.2, non fossero previsti gli elementi in base ai quali la Commissione avrebbe condotto l'esame delle offerte ai fini dell'attribuzione del punteggio, né questi possono, in qualche modo, evincersi dalla lettura dei verbali di gara, atteso che la Commissione giudicatrice si è limitata a riportare dei dati numerici senza descrivere l'iter logico seguito nella valutazione delle offerte;

RITENUTO, pertanto, che la formulazione ambigua e fuorviante del criterio A.1.2 impedisce di stabilire con assoluta certezza quale fosse la modalità di calcolo da seguire per l'attribuzione del punteggio e quali elementi sarebbero stati valorizzati dalla Commissione nell'esame delle offerte;

CONSIDERATO, quanto all'operato della Commissione giudicatrice, che, occorre preliminarmente ricordare che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti pubblici sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione di gara è tenuta a valutare, prima, i profili tecnici delle offerte, soggetti, come tali, a valutazioni discrezionali e, solo successivamente, i profili (quali il prezzo e il tempo) soggetti ad un automatismo di valutazione; ciò, in quanto la conoscenza di questi ultimi prima ancora di quelli tecnici costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere alle gare pubbliche, giacché la conoscenza preventiva delle condizioni suscettive di automatica ponderazione consentirebbe di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti, e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, per il solo fatto di esistere inficerebbe la regolarità della procedura (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 731; Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2013, n. 10; Parere n. 8 del 29 luglio 2014);

CONSIDERATO, tuttavia, che «*il divieto di commistione non va inteso in senso assoluto, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi 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, Sez. III, 3 aprile 2017, n. 1530). L'applicazione del divieto di commistione deve quindi essere effettuata in concreto e non in astratto, con riguardo alla conclusione degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che devono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente alla*



*commissione di gara di apprezzare "prima del tempo" la consistenza e la convenienza di tale offerta» (così Delibera Anac n. 711 del 24 luglio 2018);*

CONSIDERATO che ove pure si ammettesse che il fattore tempo non rientri a pieno titolo per sua natura negli elementi afferenti l'offerta economica, riconoscendo ad esso un valore qualitativo connesso all'apprezzamento del modello organizzativo proposto (riferito al processo di lavoro e non alla durata dell'appalto), trattasi pur sempre di un fattore 'automatico' ed in quanto tale deve essere conosciuto esclusivamente al momento della valutazione degli elementi dell'offerta economica, a tutela del principio di segretezza dell'offerta economica (cfr. Delibera Anac n. 442 del 9 giugno 2021);

CONSIDERATO, inoltre, che, nel caso di specie, la stessa Stazione appaltante ha espressamente previsto nella *lex specialis* che l'elemento tempo non poteva essere inserito nell'offerta tecnica, rendendo impossibile considerare diversamente il siffatto elemento; anche la Commissione di gara, nel verbale n. 5, ha precisato che, nell'esame delle offerte tecniche, non avrebbe preso in considerazione eventuali riferimenti al fattore temporale, aderendo, in tal modo, all'indirizzo che vuole separati gli elementi di natura quantitativa (qual è il fattore tempo) da quelli di natura qualitativa;

RITENUTO, pertanto, che la decisione della Commissione di gara di proseguire le operazioni esaminando le offerte tecniche pervenute, seppur evitando di valorizzare, in sede di attribuzione dei punteggi, i dati numerici nelle stesse contenute, non appare conforme alla normativa di settore e risulta, in definitiva, illogica. Invero, una volta riconosciuto – come è dato evincere dalla precisazione riportata nel verbale n. 5 – che gli elementi di natura temporale non possono essere conosciuti nella fase di esame delle offerte tecniche, pena la violazione dei principi di imparzialità e *par condicio*, valutata la scusabilità dell'errore commesso dagli operatori economici nell'inserimento dell'offerta temporale in ragione della fuorviante formulazione del criterio A.1.2., la Commissione avrebbe dovuto astenersi dal compiere qualsiasi giudizio, sospendere i lavori e rimettere gli atti alla Stazione appaltante ai fini dell'adozione delle determinazioni di sua competenza;

RITENUTO, peraltro, che il principio della parità di trattamento, cardine di tutte le procedure ad evidenza pubblica, comporta, per un verso, che le offerte vadano valutate nella loro interezza, non essendo ammissibile un esame parziale e, sotto altro profilo, che il raffronto sia condotto sulla base di parametri omogenei. Se così è, non si comprende come la Commissione sia giunta alla valutazione delle offerte pervenute, atteso che le stesse si sostanziano di elementi diversi e non confrontabili. Invero, la Calabro Inerti S.r.l., in relazione al criterio A.1.2, ha presentato un cronoprogramma dei lavori, recante l'indicazione delle diverse fasi e della riduzione sui tempi di esecuzione (elementi "quantitativi" e "numerici" che la Commissione, sulla base della precisazione riportata nel verbale, si sarebbe astenuta dal valutare). La Soc. Tecnosud S.r.l., invece - esaminando gli atti prodotti unitamente all'istanza di precontenzioso, gli unici dei quali è stato consentito l'accesso – si è impegnata a fornire una serie di dettagli esecutivi dell'intervento, ai fini della cantierabilità dell'opera, senza, tuttavia, rappresentare come ed in quale misura le modalità integrative proposte avrebbero avute ricadute effetti positivi sui tempi di esecuzione dei lavori, né tale riduzione risulta in alcun modo accennata e quantificata nella relazione tecnica;

RITENUTO, in conclusione, che risulta fondata l'eccezione sollevata dall'istante in merito all'impossibilità di stabilire come la Commissione sia giunta all'assegnazione dei punteggi in relazione al citato criterio A.1.2.;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:



- La *lex specialis* contiene disposizioni ambigue in merito al criterio di valutazione delle offerte tecniche A.1.2. e alle modalità di attribuzione del relativo punteggio;
- L'operato della Commissione di gara non è conforme ai principi che presiedono le procedure ad evidenza pubblica e del tutto ingiustificata risulta l'assegnazione dei punteggi tecnici in relazione al criterio A.1.2.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 aprile 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente