

## ECC.MO TAR CAMPANIA – SALERNO

### Ricorso

#### da valersi anche quale atto di motivi aggiunti nel ricorso R.g. 945/18

Per la **Esseti s.r.l. Sistemi e Tecnologie - Impresa di Costruzioni** (c.f./P.Iva 01255010553) con sede in Terni, Via G. Carducci, 18/b, in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *p.t.* geom. Federico Carli, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, giusta procura su foglio in calce al presente atto, dagli Avv.ti Prof. Angelo Clarizia (C.F. CLRNGL48P06H703Z – Fax: 06/32609846 – PEC: [angelo.clarizia@pec.it](mailto:angelo.clarizia@pec.it)) e Giorgio Leccisi (C.F. LCCGRG82R11H501D – Fax: 06/32609846 – PEC: [giorgio.leccisi@pec.it](mailto:giorgio.leccisi@pec.it)), ed elettivamente domiciliato presso l'avv. Nicola Scarpa ([avvocatonicolascarpa@pec.giuffre.it](mailto:avvocatonicolascarpa@pec.giuffre.it) – fax 089/231354), in Salerno, Largo Plebiscito, 6 (84121) (dichiarandosi ai sensi dell'art. 136 c.p.a. di voler ricevere le comunicazioni ai predetti indirizzi pec e fax);

### contro

- Anas S.p.A. (P.IVA 02133681003, C.F. 80208450587), in persona del legale rappresentante *p.t.*,

### e nei confronti di

- Consorzio Stabile Oscar Società Consortile a r.l. (C.F./PIVA 01861060760), in persona del legale rappresentante *p.t.*;

- D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali S.r.l. (C.F. 02461490647), in persona del legale rappresentante *p.t.*

### per l'annullamento, previa sospensiva, anche inaudita altera parte

- del verbale di esperimento di gara, seduta pubblica del 24.9.18, di cui al “*Bando NALAV011-16 Gara 09MS-16 – S.s. 19 “delle Calabrie” – Lavori di ripristino della transitabilità dal km 46+000 al km 46+100 a seguito del cedimento del versante su cui poggia il corpo stradale nel medesimo tratto*”, e delle rispettive determinazioni, con le quali ANAS S.p.A. ha escluso la Società Esseti s.r.l. dalla

procedura di gara;

- della nota prot. CDG-0550572-P del 18.10.2018 con la quale è stato dato avviso di seduta pubblica al 30.10.2018;

- dei chiarimenti e della *lex specialis* e, in particolare, del disciplinare, alle pag. 19 e 20, ove interpretato nel senso di imporre l'esclusione dei concorrenti in caso di mancata dimostrazione dell'invarianza dell'importo lordo complessivo dei lavori, delle relative categorie e degli importi a corpo e misura a base di gara, nonché della mandata indicazione delle categorie dei lavori di cui all'art. 2 CSA nel computo metrico;

- di tutti gli atti della procedura, tutti i verbali delle Commissioni di gara, tutti i provvedimenti e gli atti endoprocedimentali emessi, ancorché non conosciuti, presupposti, conseguenti e successivi e comunque connessi a quelli espressamente impugnati.

### **Fatto**

1. Con bando prot. Cna-0045268-P del 23/11/2016 l'Anas S.p.A. Compartimento della Viabilità per la Campania ha indetto la procedura da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa "*NALAV011-16 Gara 09MS-16 – S.s. 19 “delle Calabrie” – Lavori di ripristino della transitabilità dal km 46+000 al km 46+100 a seguito del cedimento del versante su cui poggia il corpo stradale nel medesimo tratto*" per un importo complessivo pari ad euro 4.995.171,05.

Le offerte dovevano pervenire entro le ore 12.00 del giorno 7 febbraio 2017.

Alla procedura hanno partecipato circa 54 concorrenti, tra cui la Esseti S.r.l. Sistemi e Tecnologie Impresa di Costruzioni (d'ora innanzi, anche, "Esseti").

In data 8 febbraio 2017, si è riunita la Commissione di gara che ha proceduto alle verifiche di correttezza formale dei plichi, alle verifiche dei requisiti dei concorrenti sulla base del Casellario dell'Anac e delle informazioni in possesso della Stazione appaltante, nonché all'esame della documentazione amministrativa dei partecipanti alla procedura.

In data 24 febbraio 2017 la medesima Commissione ha proceduto alla verifica del contenuto delle Offerte tecniche dei concorrenti e all'accertamento che *“il contenuto [fosse] conforme a quanto previsto nel Bando e nel disciplinare di gara”*.

L'Offerta della Esseti risultava regolare e veniva ammessa al prosieguo.

In pari data la Commissione sospendeva la seduta pubblica rinviandola a data da destinarsi al fine di procedere alla valutazione delle Offerte tecniche in seduta riservata.

Successivamente – a buste aperte – è stata nominata una nuova Commissione di gara per la valutazione delle offerte tecniche, la quale ha concluso le operazioni di valutazione dopo dieci mesi, in data 20 dicembre 2017.

Alla seduta pubblica del 15 gennaio 2018 il Presidente di tale Commissione ha dato lettura delle risultanze finali della valutazione delle offerte di (soli) undici concorrenti ammessi (su cinquantaquattro offerenti) e, verificata l'integrità dei plichi contenenti le offerte economiche di questi, ha dato lettura dei ribassi percentuali offerti da tali concorrenti.

Ha inoltre stilato la graduatoria finale e, verificato che la miglior offerta risultava anomala, ha sospeso le operazioni di gara al fine di consentire al Responsabile del procedimento di procedere alla verifica di anomalia.

Nel contempo, ha riportato in allegato al verbale della seduta di pari data un elenco dei concorrenti esclusi sia per motivi amministrativi che per la valutazione delle offerte tecniche.

Tra i concorrenti esclusi figurava anche l'odierna ricorrente che, come per altre 10 imprese, risultava estromessa dalla procedura con la seguente motivazione: *“assenza di elaborati economici”*.

Secondo quanto risultava dalla nota in calce al provvedimento, l'esclusione veniva disposta in quanto la concorrente non aveva inserito nell'offerta tecnica alcuni documenti recanti la valorizzazione delle migliorie progettuali (invece dalla stessa

inseriti nell'offerta economica, come richiesto dalla normativa di gara).

2. Poiché tale inserimento nell'offerta tecnica *i)* non era imposto dalla *lex* di gara (ma richiesto da un chiarimento sicuramente illegittimo), *ii)* è contrario al principio di separazione tra elementi tecnici ed elementi economico-quantitativi delle offerte; *iii)* era stato comunque effettuato (ma nell'offerta economica, con relativa specificazione nell'offerta tecnica di tale adempimento); *iv)* non può comportare l'esclusione in quanto in contrasto coi principi di tassatività, di ragionevolezza e proporzionalità, la Società ha impugnato con ricorso R.g. 222/18 dinanzi al Tar per la Campania, Salerno, la determinazione di esclusione dalla gara e gli atti presupposti e conseguenti ivi incluso la *lex* di gara e il chiarimento.

Con sentenza n. 868/18, codesto Ecc.mo Tar ha respinto il ricorso.

Avverso siffatta sentenza, ritenuta errata e lesiva dei diritti ed interessi della Società, la Esseti ha proposto appello R.G. 4881/18 innanzi al Consiglio di Stato. Infatti, codesto Ecc.mo Tar aveva omissis l'esame del primo motivo di ricorso e rigettato il secondo motivo (erroneamente accorpato con il terzo) sul presupposto che il Disciplinare – assieme ai chiarimenti – prevedesse a p. 19 l'inserimento della documentazione economica nell'offerta tecnica.

Tale presupposto, tuttavia, era erroneo in quanto il Disciplinare prevedeva l'opposto e il chiarimento non poteva integrare la *lex specialis*.

Peraltro, codesto Ecc.mo Tar non aveva risposto, sotto questo profilo, alle censure articolate nel ricorso con le quali si era dedotta l'illegittimità del chiarimento oltre che della *lex* di gara sotto tale profilo.

Codesto Tar aveva inoltre rigettato il terzo motivo omettendo l'esame di censure determinanti e affermando che non è irragionevole la scelta “operata dalla stazione appaltante di istituire due distinte commissioni, una ai fini della valutazione della offerta tecnica ed un'altra per la valutazione dell'offerta economica”.

Anche tale affermazione era frutto di un errore atteso che le commissioni hanno

valutato, da un lato, la documentazione amministrativa, dall'altro, quella tecnica ed economica.

Infine, codesto Ecc.mo Tar non aveva statuito sulla censura di illegittimità dell'operato della Commissione nominata dopo che le buste erano state aperte.

**3.** In tale situazione, nonostante le menzionate illegittimità già oggetto di ricorso in appello R.g. 4881/18 dinanzi al Consiglio di Stato, l'Amministrazione ha comunicato che le operazioni di gara, sospese in data 15.1.2018 per la verifica di anomalia dell'offerta aggiudicataria, sarebbero riprese a partire dal 6.6.2018.

In data 7.6.2018, l'Anas ha dato notizia dell'intervenuta aggiudicazione definitiva della procedura all'impresa Research Consorzio Stabile S.c.a.r.l. con nota prot. CDG-0304315-P.

Nel contempo con nota prot. CDG-0304333-P del 7.6.2018, l'Anas ha ribadito - comunicandolo ai sensi dell'art. 76, comma 5, lettera b) del D.Lgs. 50/16 - che nel corso del procedimento di gara conclusosi il 6.6.18 la Società Esseti s.r.l. era stata esclusa per il seguente motivo "*assenza elaborati economici nella Busta n. 2 – Offerta Tecnica*".

**4.** Codesti provvedimenti – illegittimi per gli stessi vizi che affliggono i provvedimenti impugnati con il ricorso R.g. 222/2018 dinanzi a codesto Ecc.mo Tar – sono stati impugnati dalla Esseti con ricorso R.g. 945/2018 dinanzi a codesto Ecc.mo Tribunale, anche al fine di conservare l'interesse alla riammissione in gara e alla valutazione della propria offerta.

**5.** Successivamente, con **sentenza n. 4782 del 2.8.2018, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello e il ricorso di primo di grado R.g. 222/18, annullando gli atti impugnati fra i quali l'esclusione della Società dalla procedura di gara.**

Pertanto, in data 8.8.2018 la Stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione definitiva della gara nel frattempo emessa in data 7.6.2018 ed ha disposto la riapertura del procedimento di gara.

**6.** Si è dunque riunita la Commissione di gara in data **24.9.2018 per procedere**

**alla riammissione dei concorrenti** che, come la Esseti s.r.l., erano stati esclusi con la medesima - errata - motivazione della *“assenza di elaborati economici”*.

**A tal fine, nella medesima seduta la Commissione ha stabilito – in modo palesemente illegittimo – di procedere secondo le seguenti testuali modalità:**

*“- per ciascuno dei sopracitati concorrenti verranno aperti i plichi relativi alle offerte economiche dai quali verranno estratti, laddove presenti, gli elaborati economici valorizzati agli importi lordi a base di gara;*

*- immediatamente dopo tali plichi verranno nuovamente sigillati, lasciando all'interno le offerte economiche;*

*- i concorrenti riammessi saranno esclusivamente quelli che avranno inserito in tale plico gli elaborati economici con importi lordi, così come previsto alle pagg. 19 e 20 del disciplinare di gara e dai quali, quindi, risulterà evidente, in maniera speditiva, ma non analitica, l'invarianza dell'importo lordo complessivo dei lavori, delle relative categorie e degli importi a corpo e misura a base di gara;*

*- coloro i quali non avranno rispettato quanto sopra resteranno esclusi”*.

Alla luce di tale incredibili affermazioni, la Commissione ha quindi proceduto – prima di riammettere le imprese interessate e di valutare le rispettive offerte tecniche – *“all’apertura dei plichi “Offerta Economica” dei sopracitati concorrenti, verificando preliminarmente la loro integrità, ed alla valutazione della riammissione di ogni singolo concorrente secondo le modalità sopra descritte”*.

All’esito di tale assurda operazione, la Commissione ha riportato l’elenco dei concorrenti riammessi e di quelli esclusi, fra i quali figura ancora una volta la Esseti, alla quale è stata – fra l’altro – attribuita la responsabilità della *“mancata esplicitazione delle categorie di cui all’art. 2 del CSA e della relativa tabella di raffronto. Per cui il concorrente non dimostra l’invarianza delle stesse rispetto a quelle oggetto di progetto”*.

**7.** Per l’annullamento di tale provvedimento – macroscopicamente illegittimo – la

Esseti s.r.l., come in epigrafe rappresentata e difesa, è costretta a ricorrere nuovamente dinanzi a codesto Ecc.mo TAR per i seguenti motivi di

### **Diritto**

Si premette che i seguenti motivi di ricorso sono articolati secondo la graduazione corrispondente all'effettivo interesse della Società, segnatamente corrispondente:

*i)* alla ripetizione della procedura in considerazione dell'avvenuta plateale violazione dei principi di trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti (motivi parte A del ricorso);

*ii)* in subordine, alla valutazione della sua offerta in gara, condizionata tuttavia alla corretta perimetrazione della platea dei concorrenti, delineata sulla scorta della decisione del Consiglio di Stato n. 4782 del 2.8.2018 (motivi parte B del ricorso).

### **Parte A**

#### 1)

**A.1. *Violazione e/o falsa applicazione del principio di segretezza dell'offerta e del principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica. Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016. Violazione della sentenza n. 4782/18 del Consiglio di Stato. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza e della par condicio dei concorrenti. Incompetenza.***

Le “modalità con le quali [la Commissione ha proceduto] alla valutazione della riammissione alla procedura di gara” della Esseti (e di altri 10 concorrenti) sono palesemente illegittime e violano i principi indicati in rubrica.

Esseti, infatti, era stata inizialmente esclusa per non aver inserito nell'offerta tecnica alcuni elaborati di natura economica.

Tale esclusione è stata annullata con sentenza n. 4782/18 del Consiglio di Stato.

In tale situazione, in conseguenza dell'accoglimento del suo ricorso, Esseti avrebbe dovuto essere riammessa nella fase procedimentale corrispondente a

quella in cui era stata esclusa: quella cioè prodromica alla valutazione della sua offerta tecnica (inizialmente non valutata perché erroneamente ritenuta carente di alcuni documenti).

Tuttavia, **anziché esaminare l'offerta tecnica** e, quindi, attribuire i punteggi corrispondenti alle offerte dei concorrenti che, come Esseti, non erano stati valutati (a causa dell'errore a suo tempo compiuto dalla Stazione appaltante), **la Commissione ha ritenuto di aprire le buste recanti le offerte economiche di tali concorrenti** (al fine, errato e irrilevante, di verificare se in queste offerte fossero inseriti *“gli elaborati economici con importi lordi, così come previsto alle pagg. 19 e 20 del disciplinare di gara”*).

Siffatta operazione, però, viola macroscopicamente il principio, pacifico nella giurisprudenza amministrativa, in base al quale **le offerte economiche vanno aperte successivamente all'esame delle offerte tecniche e “devono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte”** (cfr. Cons. Stato, VI, n. 3962/2001, Cons. Stato, V, n. 1996/1998).

È indispensabile, infatti, che *“le buste recanti le offerte economiche restino chiuse, perché non può ammettersi che, a seguito di una indebita apertura, sorgano contestazioni sulla più o meno corretta conservazione dei plichi e sulla concreta possibilità di prendere visione dei loro contenuti”*, atteso che *“le garanzie essenziali sulla segretezza del contenuto dell'offerta economica e sull'impossibilità di prenderne visione non trovano equipollenti e non consentono che la busta sia aperta anche se vi siano state più o meno idonee misure empiriche per impedire la lettura del suo contenuto”* (cfr. Cons. Stato, V, n. 196/2007; Cons. Stato, V, n. 1996/1998; Cons. Stato, VI, n. 839/1997)

Nella specie, non solo le offerte economiche dei concorrenti sono state aperte prima della valutazione dell'offerta tecnica, ma la Commissione non ha adottato alcuna misura o accortezza (del resto irrilevante) per evitare che il prezzo offerto



dai concorrenti non sia stato letto o in qualche modo evinto all'atto dell'apertura dei plichi: di certo a tal fine non è sufficiente quanto si legge nel verbale, ossia che dopo l'apertura delle offerte e l'estrazione degli elaborati economici, i plichi sono stati nuovamente sigillati. È evidente infatti che nel frattempo era agilmente evincibile/leggibile il prezzo offerto dai concorrenti.

Risulta dunque palesemente e inequivocabilmente violato l'insegnamento in base al quale, *“laddove la procedura di gara sia caratterizzata (come nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi.*

*Il principio della segretezza dell'offerta economica è, infatti, presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata.*

*La delineata peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo”* (fra le tante, Cons. Stato, IV, 29/2/2016, n. 825; V, 19/4/2013 n. 2214; 11/5/2012, n. 2734 e 21/3/2011, n. 1734).

Conseguentemente è palese che, nella specie, siano stati violati i seguenti principi applicabili alle gare da aggiudicarsi col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

*“a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere quella 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 (...)” (Cons. Stato, n. 3287/2016).*

2)

**A.2. Violazione e/o falsa applicazione del principio di segretezza dell'offerta e del principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica. Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016. Violazione della sentenza n. 4782/18 del Consiglio di Stato. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per illogicità e irrazionalità manifesta.**

Le “modalità” con le quali la Commissione di gara ha ritenuto di procedere alla riammissione dei concorrenti esclusi in gara sono palesemente irrazionali e finiscono per replicare le illegittimità - già censurate dal Giudice Amministrativo - commesse nei confronti di Esseti.

La prima esclusione della Esseti, infatti, è stata annullata con sentenza n. 4782/18 del Consiglio di Stato che, tra l'altro, ha affermato *i)* che in nessuna parte il disciplinare di gara prevede l'obbligo di inserire i documenti in questione nell'offerta tecnica; *ii)* che la normativa di gara non può esser stata predisposta in modo da violare il principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica; *iii)* che non si può configurare una causa di esclusione dalla gara non ricavabile dalla *lex specialis*, introducendola surrettiziamente mediante chiarimenti.

Ebbene, facendo precedere l'esame delle offerte tecniche dei concorrenti (da riammettere in gara) alla valutazione degli elaborati economici contenuti nelle buste recanti le offerte economiche, **la Commissione sostanzialmente ripete lo stesso errore commesso in precedenza**, quello di condizionare la valutazione tecnica dell'offerta all'esame di documenti *i)* che fanno parte dell'offerta economica e pertanto vanno conosciuti dopo la valutazione di quella tecnica, *ii)* la cui eventuale incompletezza non può condurre all'esclusione.

Così facendo, la Commissione:

- viola nuovamente il principio in base al quale 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;

- viola la sentenza del Consiglio di Stato resa *inter partes* nonché la *ratio* della normativa di gara, che la Stazione appaltante interpreta ancora una volta, ancor più illogicamente, nel senso di “*violare il principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica*”: ma “*una simile conclusione, con i connessi rischi di alterazione del procedimento valutativo delle offerte nel loro complesso insito nella descritta commistione va recisamente respinta ed è esclusa delle previsioni di lex specialis*” (Cons. Stato 4782/18, resa tra le parti).

Proprio la menzionata sentenza, infatti, aveva chiarito che “*una simile verifica è destinata ad essere svolta in sede di esame dell'offerta economica, senza necessità di anticipare la produzione dei documenti a ciò necessari nell'ambito dell'offerta tecnica*”, come invece ripetuto dalla Commissione anche da ultimo.

3)

**A.3. *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 77 D.Lgs. 50/2016. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità. Irrazionalità manifesta.***

Restando ferme le delineate assorbenti considerazioni, si deduce quanto segue a dimostrazione dell'ulteriore necessità di ripetere la procedura selettiva, con altra Commissione in diversa composizione.

**A.3.1. La Commissione per la valutazione delle offerte tecniche è stata nominata** con dispositivo di prot. n. CDG-0114885-I del 3.3.2017 e successivo dispositivo di parziale modifica di prot. CDG-0135114-I del 14.3.2017, **ossia in un momento susseguente all’apertura delle buste recante le offerte medesime.** Tale modalità contrasta con il principio di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa e con le garanzie a presidio dello scopo di evitare collusioni tra commissari e concorrenti.

La dedotta circostanza vizia in radice la valutazione operata dalla seconda Commissione di gara: conseguentemente, non si fare a meno di annullare la procedura per la grave violazione dei principi fondamentali a garanzia della *par condicio* nello svolgimento delle procedure.

**A.3.2.** Sotto un secondo profilo, è irrazionale, immotivata, oltre che sprovvista di appiglio nella *lex specialis*, la scelta della Stazione appaltante di nominare due Commissioni, delle quali l’una ha proceduto all’esame della documentazione amministrativa e al contenuto delle offerte tecniche, l’altra in prima battuta alla valutazione delle offerte tecniche e delle offerte economiche e alla redazione della graduatoria e, in seconda battuta, alla riammissione/esclusione dei concorrenti censurata col presente ricorso.

In assenza di previsioni nella *lex* di gara, la decisione di nominare – **a buste aperte** – una seconda commissione valutativa, diversa dalla prima già nominata in precedenza, è del tutto priva di motivazione e giustificazione.

Tale motivazione avrebbe dovuto essere resa dalla Stazione appaltante (che non l’ha fatto).

Di contro, tale nomina non si comprende neanche alla luce delle competenze dei Commissari, che non giustificano una distribuzione dei compiti tra due distinte commissioni, di cui l’una si sarebbe limitata a svolgere operazioni meramente automatiche, prive di ogni discrezionalità, l’altra avrebbe proceduto a svolgere valutazioni tecnico-discrezionali.

L'art. 77 del D.Lgs. 56/16, così come l'art. 84 del D.Lgs. 163/06, prevede che, nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte sia demandata ad una commissione composta da esperti dello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, senza operare distinzione alcuna tra documentazione amministrativa, offerta economica ed offerta tecnica.

Il compito di tale organo è quello di valutare le offerte per individuare quella che, sulla base dei criteri economici e qualitativi determinati dall'amministrazione aggiudicatrice, presenta il miglior rapporto qualità-prezzo.

Poiché dunque tutte le operazioni di gara a carattere valutativo debbono essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice, si sarebbe quanto meno dovuto motivare in ordine all'opportunità/necessità di nominare una Commissione per la sola fase di valutazione tecnica ed economica delle offerte diversa da quella già nominata per l'esame della documentazione amministrativa e del contenuto dell'offerta tecnica.

\*\*\*

L'accoglimento delle suesposte censure comporta la necessità, per l'Amministrazione, di disporre la rinnovazione integrale della gara (con la riedizione della stessa fase di presentazione delle offerte e comunque di tutte le operazioni di gara svolte dalla seconda Commissione di gara) non potendosi mantenere fermo il subprocedimento di presentazione delle offerte e disporre la rinnovazione solo della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute.

Tale possibilità è consentita soltanto nelle sole procedure di aggiudicazione "automatiche" nelle quali l'accertamento dei vizi concernenti l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti non comporta la necessità di rinnovare la procedura sin dal momento della presentazione delle offerte, perché il criterio oggettivo e vincolato dell'aggiudicazione priva di qualsiasi rilevanza l'intervenuta conoscenza, da parte del seggio di gara, dei contenuti delle altre offerte già

ammesse.

Nella specie, tuttavia, esistono apprezzamenti di discrezionalità tecnica o amministrativa con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico, sicché l'illegittima esclusione di un concorrente, accertata come nella specie dopo l'avvenuta apertura delle offerte economiche, rende necessario il rinnovo dell'intero procedimento di gara a partire dalla stessa fase di presentazione delle offerte.

Infatti, la riammissione delle imprese originariamente escluse impedirebbe di effettuare una valutazione delle loro offerte rispettando i principi della *par condicio* tra i concorrenti e della necessaria contestualità del giudizio comparativo, perché la seconda valutazione risulterebbe oggettivamente condizionata dall'intervenuta conoscenza delle precedenti offerte e dall'attribuzione del punteggio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 03.02.2000, n. 661)

## **PARTE B**

### **1)**

**B.1) *Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/16, del principio di tassatività delle cause di esclusione, della lex specialis. Eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti provvedimenti, carenza e irragionevolezza della motivazione. Sviamento.***

La Commissione ha definito le modalità di valutazione della riammissione alla procedura e ha stabilito – superando la formulazione della *lex specialis* – che “*i concorrenti riammessi saranno esclusivamente quelli che avranno inserito in tale plico gli elaborati economici con importi lordi, così come previsto alle pagg. 19 e 20 del disciplinare di gara e dai quali, quindi, risulterà evidente, in maniera speditiva, ma non analitica, l'invarianza dell'importo lordo complessivo dei lavori, delle relative categorie e degli importi a corpo e misura a base di gara; - coloro i quali non avranno rispettato quanto sopra resteranno esclusi*”.

Conseguentemente, la Commissione ha escluso Esseti perché “*ha rilevato la*

*mancata esplicitazione delle categorie di cui all'art. 2 del CSA e della relativa tabella di raffronto. Per cui il concorrente non dimostra l'invarianza delle stesse rispetto a quelle di progetto”.*

Siffatte determinazioni sono palesemente illegittime.

**Restando fermo che – a tutto voler concedere per assurdo – tale valutazione avrebbe semmai potuto essere svolta dopo l'esame dell'offerta tecnica, appare evidente che la Commissione abbia superato le proprie competenze introducendo, contrariamente a quanto consentito dalla legge, una causa di esclusione non prevista dalla normativa di gara e abbia comunque escluso la Esseti per un ancor diversa ragione non prevista *ab initio*.**

Infatti non solo la legge non richiede di dimostrare l'invarianza dell'importo lordo complessivo dei lavori a pena di esclusione (peraltro prima dell'esame dell'offerta), ma il Disciplinare, alle pag. 19 e 20, non impone alcuna dimostrazione in tal senso: lo si si impugna espressamente nel caso in cui si fosse ritenuto il contrario.

A p. 19 il Disciplinare, nella parte A.7., prevede la possibilità di effettuare “- *proposte migliorative relative sia ai lavori e/o provviste non ricompresi nell'elenco prezzi e quindi aggiuntive, sia a lavori e/o provviste di voci ricomprese nell'elenco prezzi e quindi sostitutive e/o integrative; - altre opere aggiuntive”.*

Appare ovvio, dunque, che fossero consentite variazioni – anche nei prezzi – rispetto al progetto posto a base di gara: altrimenti sarebbe assurdo ammettere la possibilità di offrire opere sostitutive, integrative o aggiuntive.

Non è possibile infatti proporre una qualunque miglioria senza una variazione di prezzo: banalizzando, nel progetto di costruzione di una strada l'impresa può offrire l'inserimento di un elemento di segnaletica stradale; in tal caso, vi sarà necessariamente una modifica di prezzo.

In tale ottica, al punto B (p. 19), relativo al prezzo, il Disciplinare indica che “*nel caso in cui il concorrente proponga l'utilizzo di lavorazioni e/o materiali non*

*previsti nel progetto esecutivo (con riferimento alle proposte di cui al paragrafo A), potranno essere definiti specifici Nuovi Prezzi, che dovranno essere desunti dal Prezziario ANAS vigente (...). Qualora dette lavorazioni non fossero ricomprese in tale Prezziario, dovrà essere fornita anche la relativa Analisi del Prezzo (...) L'importo delle lavorazioni afferenti ai sopra indicati nuovi prezzi non dovrà superare il 20% dell'importo della singola categoria di lavoro, definita all'art. 2 del CSA (...) Le proposte dovranno essere quantificate attraverso la rimodulazione del Computo Metrico Estimativo posto a base di gara (importi lordi) (...)"*.

Nel contempo, a p. 20, il Disciplinare afferma che *“Resta inteso che l'importo complessivo dei lavori dovrà rimanere immutato e anche gli importi delle singole categorie di lavoro, definiti all'art. 2 del CSA – Norme Generali, dovranno comunque rimanere immutati, pena l'esclusione dell'offerta”* e che *“la rispondenza dell'offerta a tale requisito dovrà essere dimostrata tramite la redazione di un computo metrico estimativo proposto e di un quadro comparativo di confronto con quello del progetto esecutivo. Entrambi dovranno essere redatti al lordo del ribasso offerto, che sarà unico per tutti i prezzi unitari”*.

**Tale disposizione – che disciplina evidentemente l'offerta economica** – non introduce una causa di esclusione né per *“l'invarianza dell'importo lordo complessivo dei lavori, delle relative categorie e [si noti, soprattutto] degli importi a corpo e misura a base di gara”* come indicato nel verbale del 24.9.18 (ndr, parentesi quadra e sottolineatura nostra), né per la *“mancata esplicitazione delle categorie di cui all'art. 2 CSA ... [quindi per la mancata dimostrazione] dell'invarianza delle stesse rispetto a quelle di progetto”* (come indicato nella tabella p. 4 del predetto verbale con riguardo alla Esseti).

Il disciplinare non richiedeva neanche l'esplicitazione delle categorie di cui all'art. 2 CSA (che poi sono le categorie Soa OG 3, OS 21, OG 8, OS 12/A) né la dimostrazione documentale dell'effettiva invarianza, ma semmai soltanto che i



prezzi complessivi rimanessero immutati anche in caso di migliorie (salvo ovviamente uno scostamento del 20% per ogni singola categoria di lavorazione per la quale v'è stata una miglioria).

Peraltro sotto tale profilo il disciplinare è anche contraddittorio e suscettibile di ingenerare confusione in quanto a pag. 19 afferma che l'introduzione di nuovi prezzi non dovrà superare il +/- 20% delle singole categorie di cui all'art. 2 del CSA e poi a pag. 20 afferma che gli importi delle singole categorie dovranno rimanere immutate e che è la rispondenza dell'offerta a tale requisito che dovrà essere dimostrata tramite il computo metrico rimodulato.

Già solo per tale ragione l'esclusione non poteva essere disposta, atteso che *“in presenza di clausole di un bando o di un disciplinare ambigue o contraddittorie, deve essere privilegiata l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione di un concorrente, in ossequio al canone del favor participationis, che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'amministrazione appaltante, dovendo in difetto affermarsi l'illegittimità dell'esclusione dalla gara pronunciata in applicazione di disposizioni di lex specialis che, sebbene corredate dell'espressa comminatoria di esclusione, evidenziano tratti di ambiguità, incertezza o contraddittorietà”* (T.A.R. Lombardia, Mi, 23.3.2018, n. 794).

In ogni caso è evidente che il Disciplinare va interpretato nel senso di consentire migliorie (e quindi variazioni di prezzi, nei limiti del 20% nell'ambito di ciascuna categoria di lavorazioni).

Ma in ogni caso il computo a prezzi lordi rimodulato prodotto in gara dalla Esseti seguiva puntualmente quello di progetto, con la stessa successione dei sottogruppi indicati nel progetto, quindi la Commissione poteva senz'altro verificare eventuali – insussistenti – variazioni.

Peraltro restando fermo che il Disciplinare non richiedeva il riepilogo di tale

computo con la somma di ogni categoria di cui all'art. 2 del CSA, l'individuazione di tali categorie risulta comunque facilmente desumibile prendendo a riferimento i singoli sottogruppi in cui è diviso il computo di gara.

Inoltre ribadito che il Disciplinare non richiedeva espressamente che il computo e il quadro di raffronto riportassero il riepilogo delle categorie di cui all'art. 2 del CSA, la Commissione – anziché procedere all'esclusione – avrebbe potuto chiedere un'integrazione o una specificazione al concorrente.

Quindi l'illegittimità è aggravata **dall'irragionevolezza e dalla sproporzione** poiché, comunque, in assenza di una disposizione legislativa o di un principio che imponga l'esclusione di un concorrente per i motivi evidenziati dall'Anas, quest'ultima ben poteva ricorrere al soccorso istruttorio: invece essa incorre in ulteriore illegittimità tenuto conto che la clausola del disciplinare così come interpretata dalla Commissione sarebbe nulla e andrebbe disapplicata, anche in applicazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di ragionevolezza.

Per tuziorismo si deduce inoltre che non era possibile che in tale prospettiva fosse interpretato il rinvio – già operato dalla Commissione di gara in precedenza – alla pag. 2 ultimo punto delle risposte alle richieste di chiarimento.

Con tale nota, infatti, l'Anas ha affermato che *“la rimodulazione del computo metrico estimativo (importi lordi) posto a base di gara non può variare nell'importo totale, né possono variare gli importi previsti per ciascuna categoria di lavori, né quelli previsti per i lavori a corpo e per quelli a misura”* e che *“pertanto, qualsiasi proposta di offerta tecnica dovrà tener conto anche di tale vincolo economico. Il relativo elaborato contabile (importi lordi) ed il quadro di raffronto (importi lordi) devono essere inseriti nell'offerta tecnica, ma non essendo documenti tecnici non sono compresi nel conteggio delle 15 pagine previste per l'Offerta tecnica”*.

Siffatto **chiarimento, già dichiarato illegittimo dal Consiglio di Stato, al pari**

**della *lex* di gara, non può comportare l'esclusione dalla procedura delle offerte impostate alla stregua di quella della Esseti, sia perché la *lex specialis* non sanzionava con l'esclusione tale omissione, sia perché la legge e i principi generali (anche in materia di contenuti delle offerte) non lo consentono, sia perché il chiarimento non può derogare la *lex* di gara introducendo adempimenti a pena di esclusione (inoltre neanche necessari), sia perché le valutazioni in questione sono pacificamente non essenziali ai fini dell'offerta e suscettibili di soccorso.**

Ad ogni buon conto nessuna norma del Disciplinare richiedeva – come preteso dalla Commissione – né di dimostrare l'invarianza delle categorie di cui all'art. 2 del CSA rispetto a quelle di progetto né soprattutto l'effettiva invarianza (non degli importi complessivi, ma) dei singoli importi a corpo e a misura delle lavorazioni nell'ambito del 20% per ogni categoria.

Semmai, a tutto voler concedere per assurdo, si sarebbe potuta configurare un'esclusione nell'ipotesi – che la Stazione appaltante avrebbe dovuto motivare e dimostrare *funditus* – di una effettiva variazione dei termini dell'offerta non consentita dalla legge o dal bando o a tutto concedere di una variazione di oltre il 20% nell'ambito di una categoria di lavorazione.

Ma l'offerta di Esseti non presenta alcuna variazione significativa: ed infatti la Commissione non lo ha rilevato.

Quindi l'esclusione è ancor più illegittima in quanto la Commissione ribalta completamente i termini del giudizio: non era l'impresa a dover dimostrare l'invarianza della sua offerta (comunque invariata), ma semmai il Seggio di gara a dimostrare l'esistenza di una varianza (nella specie non configurata).

**B.2) *Violazione e/o falsa applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica. Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016. Violazione della sentenza n. 4782/18 del Consiglio di Stato. Eccesso di potere per difetto e illegittimità dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione.***

Si ribadisce che l'accoglimento della censura di cui al punto **B.1)** è condizionato all'accoglimento del seguente ulteriore motivo di ricorso sub **B.2)**.

Con il primo ricorso proposto dinanzi a codesto Ecc.mo Tar, poi accolto dal Consiglio di Stato, Esseti aveva contestato l'interpretazione operata dalla Stazione appaltante secondo la quale il disciplinare di gara imponeva di inserire elaborati di carattere economico nell'offerta tecnica – nel caso di specie il computo metrico estimativo rimodulato rispetto a quello a base di gara e il quadro comparativo di raffronto – e aveva censurato sia il chiarimento sia la *lex specialis* laddove intesi nel senso contrario.

Il Consiglio di Stato con la sentenza 4782/18 ha accolto il ricorso di Esseti statuendo che *“come deduce l'appellante, in nessuna pare il disciplinare di gara prevede l'obbligo di inserire i documenti in questione nell'offerta tecnica”* e che *“Una simile previsione non può in particolare essere tratta dalle disposizioni contenute pagine citate nel provvedimento di esclusione nn. 19 e 20”*.

Anzi, per quanto concerne l'offerta tecnica, secondo il Consiglio di Stato *“è per contro fatto obbligo di non riportare «alcuna valorizzazione (ad. es. importi, prezzi, ecc.) idonea ad anticipare i contenuti dell'offerta economica» (pag. 13 del disciplinare, § D.2, punto 6)”*.

Prosegue il Consiglio di Stato che *“Del resto, se così non fosse, si dovrebbe supporre che la normativa di gara sia stata predisposta in modo da violare il principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica. Una simile conclusione, con i connessi rischi di alterazione del procedimento valutativo delle offerte nel loro complesso insito nella descritta commistione va recisamente respinta ed è esclusa delle previsioni di lex specialis finora esaminate”*.

Al riguardo *“Non giova poi all'ANAS invocare il chiarimento fornito ai concorrenti e richiamato nel provvedimento di esclusione”* atteso che il chiarimento non può *“modificare la normativa di gara dalla stessa predisposta ed alla quale sola gli operatori economici partecipanti alla procedura di*

*affidamento si devono attenere”.*

Ebbene, dalle menzionate statuizioni discende che, anziché riammettere alcuni concorrenti con le assurde modalità censurate innanzi, **la Commissione avrebbe dovuto prendere atto dell’illegittimità dell’ammissione di tutti i concorrenti che avevano partecipato alla procedura di gara inserendo la documentazione in questione, anziché nell’offerta economica** (come avrebbero dovuto in base alla *lex* di gara e ai principi pacifici in materia), **nell’offerta tecnica** (violando così le menzionate prescrizioni e i menzionati principi).

Il provvedimento di cui al verbale del 24.9.18 è dunque illegittimo nella misura in cui il Seggio di gara, oltre a ripetere le violazioni già commesse in precedenza, ha perpetrato le illegittimità compiute nell’escludere dalla gara tutti i concorrenti che avevano inserito nell’offerta economica il computo metrico estimativo rimodulato rispetto a quello a base di gara e il quadro comparativo di raffronto e, di conseguenza, nell’ammettere i concorrenti che tali documenti avevano inserito nell’offerta tecnica.

Tale provvedimento, dunque, è illegittimo sia perché poggia sullo stesso erroneo presupposto che aveva dato origine all’esclusione di Esseti (esclusione poi infatti dichiarata illegittima) sia perché palesemente viziato da istruttoria – oltre che da violazione della *lex* di gara e della decisione del Consiglio di Stato 4782/18 – in quanto si limita alla valutazione della riammissione (o della esclusione) di alcuni concorrenti, senza considerare la posizione – illegittima alla luce della *lex specialis* e del giudicato intervenuto – di tutti gli altri concorrenti invece illegittimamente ammessi *ab initio*.

### **Istanza cautelare**

Il ricorso è assistito dal *fumus boni iuris* per quanto evidenziato innanzi.

Sussiste anche il *periculum*, atteso che se il provvedimento non venisse sospeso, la procedura verrebbe conclusa e la ricorrente – ingiustamente esclusa per la seconda volta nella stessa procedura – perderebbe definitivamente la possibilità di

concorrere e di aggiudicarsi la gara.

Al fine di mantenere la *res ad huc integra* e al fine di non gravare la ricorrente dell'onere di attivare ulteriori ingiuste iniziative giurisdizionali, si impone la sospensione dei provvedimenti impugnati.

Nel contempo, l'Anas non subirebbe alcun danno; anzi la stessa beneficerebbe di una platea più larga di concorrenti e potrebbe aspirare ad aggiudicare la procedura ad un'offerta migliore e, soprattutto, legittima.

**All'Ill.mo Sig. Presidente del TAR Campania, Salerno**

**Istanza di misure cautelari provvisorie *inaudita altera parte***

L'Amministrazione ha comunicato che le operazioni di gara, sospese in data 24.9.2018, riprenderanno a partire dal 30.10.2018.

In tale situazione, anche considerate le date strumentalmente fissate dall'Amministrazione (a distanza di oltre trenta giorni tra le due sedute di gara) che non consentono un'unica reazione giurisdizionale, una pronuncia *inaudita altera parte* – che sospenda le operazioni di gara e anche il solo avviso di seduta pubblica di gara al 30.10.2018 – è particolarmente necessaria tenuto conto che l'Amministrazione proseguirà nel procedimento e la Esseti sarà costretta ad ulteriori defatiganti ed ingiuste impugnative.

Pertanto, al fine di non vanificare la tutela giurisdizionale e l'interesse della ricorrente alla valutazione della sua offerta e in definitiva all'aggiudicazione della procedura, si impone la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati fino alla trattazione collegiale della causa alla prima Camera di Consiglio, ove si auspica che le misure interinali verranno confermate.

**PQM**

**Si conclude**

per l'accoglimento del ricorso e della domanda cautelare, anche *inaudita altera parte*, con ogni conseguenza sulle spese, i diritti, gli onorari e la restituzione del contributo unificato.

Ai sensi del DPR 112/05, si dichiara doversi il contributo unificato nella misura di euro 6.000, visto il valore della causa pari a 4.995.171,05 euro.

Roma, lì 24 ottobre 2018

Prof. Avv. Angelo Clarizia

*(Firmato digitalmente)*

Avv. Giorgio Leccisi