



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 711

DEL 24 luglio 2018

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Marinò Costruzioni s.n.c. e Ministero della Difesa Direzione del Genio Militare per la Marina di Taranto - Procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di "Ammodernamento Officina Polifunzionale nr. 4" presso Marinarsen Taranto - Importo a base d'asta: euro 4.433.908,65 - S.A.: Ministero della Difesa Direzione del Genio Militare per la Marina di Taranto

PREC 153/18/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza prot. n. 51192 del 13 giugno 2018 l'impresa Marinò Costruzioni s.n.c. ha rappresentato di essere stata esclusa dalla procedura in oggetto per aver rivelato lo sconto in giorni offerto nell'ambito dell'offerta tecnica, contrariamente alle disposizioni del disciplinare di gara che imponevano di inserire l'offerta temporale nel plico contenente l'offerta economica. L'istante evidenzia che il disciplinare di gara chiedeva, nell'ambito del sub criterio tecnico di tipo qualitativo C1 "Processi/Metodi di esecuzione dei lavori ovvero criteri di realizzazione dei lavori", la definizione del processo/metodo di esecuzione dei lavori proposto e la successione e la durata delle singole fasi di lavoro, con illustrazione delle risorse materiali e umane ad esse assegnate. Secondo l'istante l'indicazione fornita in sede di offerta tecnica (tav. 1, scheda C, sub criterio C1), relativa alla durata e alla successione delle singole fasi di lavoro per un totale di 245 giorni lavorativi, rappresenta la durata complessiva delle fasi di lavoro e non è di per sé sufficiente a ricostruire i tempi di esecuzione dell'intervento, da esprimere nell'offerta temporale nella diversa forma di giorni solari e consecutivi. Errata sarebbe anche la deduzione - formulata dalla stazione appaltante - che l'offerta tempo poteva essere ricavata dalle date associate di inizio e fine delle fasi, che invece rilevano soltanto ai fini dell'individuazione delle fasi stesse, non quali inizio e fine lavori. Il tempo di 245 giorni non corrisponderebbe pertanto alla durata complessiva dei lavori, la quale scaturisce da numerose altre considerazioni, quali ad esempio le condizioni meteorologiche avverse e la stima degli imprevisti. Infine e in via subordinata, l'istante sottolinea che se l'esplicitazione delle fasi è ritenuta pregiudizievole per il corretto svolgimento della procedura, dovrebbe procedersi



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

all'annullamento della gara stessa per illegittimità di quanto richiesto nel bando, piuttosto che all'esclusione di un singolo concorrente che ad esso si è attenuto.

Con istanza acquisita al prot. n. 54073 del 21 giugno 2018 la Direzione del Genio Militare per la Marina di Taranto ha comunicato, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del d. lgs. 50/2016, la propria volontà di aderire all'istanza di parere relativa alla procedura in epigrafe.

A seguito dell'avvio del procedimento (prot. n. 59352 del 5 luglio 2018) la stazione appaltante ha inviato una memoria, acquisita al prot. n. 60365 del 9 luglio 2018, nella quale ha sostenuto la legittimità dell'esclusione, evidenziando che l'impresa Marinò ha compilato la scheda relativa al sub criterio C1 non limitandosi a precisare i tempi di realizzazione e la successione tra le fasi, ma ha indicando di fatto i tempi complessivi di esecuzione dei lavori, rendendo così noto lo sconto sull'offerta temporale. Il diagramma di Gantt allegato alla documentazione tecnica per esemplificare l'andamento delle lavorazioni non è spiegato nei 400 giorni solari che rappresentano i tempi di esecuzione dei lavori previsti dall'art. 7 del bando di gara, bensì in un arco temporale inferiore, rivelando nel grafico, articolato in settimane e comprensivo delle date di inizio e fine lavori, l'offerta temporale del concorrente.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità dell'esclusione dalla gara per violazione del divieto di commistione tra l'offerta tecnica e l'offerta economica; più specificamente, occorre valutare in che misura la presenza di una componente temporale nell'offerta tecnica determini quel difetto di separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica che configura una violazione dei principi inderogabili alla base delle procedure di selezione del contraente.

Preliminarmente, occorre rilevare che la lettera di invito, al p.to 5 riguardante le modalità di presentazione dell'offerta, prevede che il plico "B – Offerta economica e di tempo" deve contenere: a) l'offerta, espressa in termini di percentuale di ribasso sull'importo a base di gara e di tempo previsto per l'esecuzione, da esprimersi quale percentuale di riduzione in giorni solari consecutivi sulla durata dei lavori fissata dal bando; b) il cronoprogramma «con precisazione dettagliata della tempistica delle singole fasi dell'attività». Il plico "C – Offerta tecnica" deve contenere le schede A, B e C, riferite ai correlati criteri di valutazione tecnica e, per quanto riguarda il sub criterio C1 "Processi/Metodi di esecuzione dei lavori ovvero criteri di realizzazione dei lavori", si chiede di «specificare il processo/metodo di esecuzione dei lavori proposto, la successione e la durata delle singole fasi di lavoro [...] Tale processo/metodo di esecuzione dei lavori sarà valutato con i



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

seguenti criteri motivazionali: a) chiarezza, esaustività ed esecutività del processo di lavoro; b) servizi tecnici offerti pre e post realizzazione».

Per la soluzione della questione è opportuno il richiamo al consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, 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, per primi, i profili tecnici delle offerte, soggetti come tali a valutazioni discrezionali e, solo successivamente, i profili (quali quello del tempo contemplato nella fattispecie) 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 intaccherebbe 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).

Al riguardo è stato precisato 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 concluzione 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.

In tema di cronoprogramma è stato inoltre chiarito 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) pur sempre tale fattore è 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 (TAR Calabria, Sez. I, 6 giugno 2016, n. 1172).

Nel caso in esame, il concorrente ha inserito nell'offerta tecnica la tavola grafica che scandisce la sequenza temporale delle lavorazioni: per ciascuna delle undici fasi individuate è indicata la durata



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

in giorni, la data di inizio e di fine lavori e l'articolazione settimanale, per un tempo totale di esecuzione di 340 giorni a fronte dei 400 giorni previsti dal bando. Ciò ha posto la commissione nella condizione di conoscere un aspetto significativo dell'offerta economica in una fase della procedura di gara dedicata alla valutazione dell'offerta tecnica e tale circostanza è di per sé idonea, ancorché in termini di ipotetica possibilità, a condizionare il processo valutativo della commissione in ordine all'offerta tecnica (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 825 e sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287; Parere n. 151 del 9 settembre 2015).

Da ultimo, occorre considerare se la commistione tra elementi di valutazione automatica ed elementi oggetto di valutazione discrezionale sia stata indotta dalle previsioni della legge di gara, onde sarebbe stata proprio questa a compromettere il richiamato principio di separazione fornendo informazioni fuorvianti; in tal caso la commistione non sarebbe imputabile a colpa del concorrente escluso, che non avrebbe fatto altro che attenersi alle regole della procedura. Dall'esame delle sopra richiamate disposizioni del bando, del disciplinare e della lettera di invito emerge nitidamente l'indicazione fornita, in ordine alla rigorosa suddetta separazione, prescritta a chiare lettere sia nelle modalità di presentazione dell'offerta, sia nella descrizione delle fasi di svolgimento della gara.

Alla luce di quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- è conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante che ha escluso l'impresa dalla gara per aver inserito la riduzione temporale nella busta relativa all'offerta tecnica.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2018

Il segretario Maria Esposito