

Publicato il 27/10/2022

N. 09187/2022REG.PROV.COLL.  
N. 02452/2022 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 2452 del 2022, proposto da Erregi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Lucente e Matteo Nuzzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Gualandi e Francesca Bonparola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Enrico Gualandi in Roma, via Monzambano, 10;

*nei confronti*

Gestione Progetti Ingegneria s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Crisostomo Sciacca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 01932/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. e di Gestione Progetti Ingegneria s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2022 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Mazzella per delega di Lucente, Masini per delega di Gualandi, e Sciacca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con bando di gara spedito per la pubblicazione sulla Guue il 24 dicembre 2020 l'Anas s.p.a. indiceva procedura di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione esecutiva, indagini diagnostiche e rilievi strutturali relativi ai lavori di manutenzione straordinaria di ponti, viadotti e gallerie artificiali, in regime di accordo quadro con unico operatore per la durata di 48 mesi.

In relazione al lotto n. 4 della gara, qui controverso, risultava primo classificato in graduatoria il Rti capeggiato dalla Erregi s.r.l., il quale veniva tuttavia escluso poiché era stata rilevata la presenza del documento elettronico contenente l'offerta economica all'interno della busta relativa alla documentazione amministrativa presentata.

2. Avverso il provvedimento di esclusione e gli atti correlati la Erregi s.r.l. proponeva ricorso, integrato da successivi motivi aggiunti coi quali impugnava anche il mancato accoglimento dell'istanza di riesame e l'aggiudicazione frattanto disposta dall'Anas in favore del secondo classificato in graduatoria, Rti capeggiato dalla Gestione Progetti Ingegneria s.r.l.; la ricorrente proponeva anche domanda di risarcimento del danno.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'Anas e della Gestione Progetti Ingegneria, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la Erregi deducendo la erroneità della sentenza in relazione ai capi 3) e 4) per violazione del disciplinare di gara e omessa pronuncia sul capo relativo alla violazione dell'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

L'appellante ha riproposto anche domanda di risarcimento del danno, già avanzata in primo grado.

5. Resistono al gravame l'Anas e la Gestione Progetti Ingegneria, chiedendone la reiezione.

6. Sulla discussione delle parti all'udienza pubblica del 29 settembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalle appellate - salvo quanto di seguito esposto in relazione alle singole censure - stante il rigetto nel merito dell'appello.

2. Con unico motivo di gravame, variamente articolato, l'appellante si duole del rigetto delle censure con le quali aveva lamentato in primo grado l'erronea applicazione, da parte della stazione appaltante, dell'art. 21 del disciplinare: detta disposizione prevede infatti che il cd. "divieto di commistione" dell'offerta tecnica e degli altri documenti di gara con l'offerta economica possa produrre effetti escludenti solo durante le operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, e dunque non successivamente alle stesse. La contestata esclusione è invece qui avvenuta *dopo* la fase di valutazione delle offerte.

Il disciplinare di gara non prevedeva del resto alcuna preventiva apertura delle buste amministrative - come invece erroneamente ritenuto dal Tar - attesa l'applicazione nella specie del meccanismo della cd. "inversione procedimentale", né una siffatta apertura preventiva emerge dai verbali di gara, che fanno prova fino a querela di falso.

In ogni caso, il Rti capeggiato dalla Erregi presentava distinte buste per le tre categorie di documenti richiesti, salva la presenza nel corpo degli allegati della cd. “busta amministrativa” di copia dell’offerta economica, confusamente con gli altri *files* prodotti.

Il che non poteva comunque determinare alcun condizionamento sulla commissione giudicatrice, considerato che si trattava di busta sottoposta all’esame del seggio di gara, non già della commissione, i cui compiti erano ben diversi e che non aveva neppure titolo ad accedere alla documentazione amministrativa. Peraltro i componenti del seggio di gara sono stati nella specie nominati successivamente al completamento delle operazioni di valutazione delle offerte, sicché nessun condizionamento, neppure potenziale, sarebbe potuto avvenire in danno della commissione.

La segretezza delle offerte risulta peraltro nella specie garantita in forza della piattaforma informatica utilizzata, come evidenziato dallo stesso disciplinare di gara, *sub* art. 19.

D’altra parte, nessuna verifica in concreto in ordine all’alterazione dell’imparzialità di giudizio della commissione è stata nella specie compiuta, sicché non ha rilievo l’invocare a fini escludenti la semplice violazione del divieto di commistione.

Sotto altro profilo, il disciplinare prevedeva l’esclusione solo in caso d’inserimento dell’offerta tecnica nella busta di qualifica “*e Risposta Tecnica della Richiesta d’Offerta (RDO)*”, sicché la causa escludente non trova applicazione nel caso di specie, considerato che è qui coinvolta la sola busta amministrativa (non anche quella tecnica, come richiesto dalla *lex specialis*), e s’è in presenza di gara non già con “richiesta d’offerta” caratterizzata da cd. “prequalifica”, bensì di procedura con inversione procedimentale, rispetto alla quale la sola commistione rilevante può essere quella fra busta tecnica e busta economica.

2.1. Il motivo non è condivisibile.

2.1.1. Occorre premettere che l'art. 21 del disciplinare prevede che *“In qualsiasi fase delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la Commissione e il Seggio di Gara provvedono a comunicare tempestivamente alla Stazione Appaltante che procederà, sempre, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b) del Codice - i casi di esclusione da disporre per: - mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti l'offerta economica in documenti contenuti nella sezione 'BUSTA DI QUALIFICA - DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA' e 'RISPOSTA TECNICA' della Richiesta d'Offerta (RDO)”*.

La disposizione prevede, declinandolo variamente, il divieto di cd. “commistione” delle offerte e documenti di gara, volto a evitare condizionamenti nella valutazione dell'offerta tecnica per effetto della preventiva (anche solo potenziale) conoscenza di elementi dell'offerta economica (cfr. al riguardo, in generale, *inter multis*, Cons. Stato, V, 11 maggio 2022, n. 3725; III, 24 febbraio 2022, n. 1327; V, 20 luglio 2021, n. 5463; III, 18 gennaio 2021, n. 544; V, 19 ottobre 2020, n. 6308).

Il tenore testuale della clausola è chiaro nel prevedere il divieto di commistione anche in relazione alla (sola) busta relativa alla *“documentazione amministrativa”*: tale è il significato che emerge dalla lettera della disposizione, la quale applica il divieto rispetto ai documenti relativi alla specifica sezione *“busta di qualifica - documentazione amministrativa”*, espressamente prevista dal disciplinare di gara (cfr. il relativo art. 15) quale elemento autonomo rispetto alla *“Risposta di Tecnica”* e relativa busta (su cui cfr. l'art. 13.2.(ii) e il correlato art. 16).

Per questo, non è condivisibile l'assunto dell'appellante secondo il quale il divieto, in presenza del meccanismo di cd. “inversione procedimentale” (di cui all'art. 19 del disciplinare: *“La Stazione Appaltante, mediante la Commissione Giudicatrice appositamente nominata, esaminerà le offerte tecnico-economiche prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti (c.d. 'inversione procedimentale'), come previsto*

dall'art. 133, comma 8, del Codice, la cui applicazione è stata prorogata ai settori ordinari dall'art. 8, comma 7, lett. c), del Decreto Semplificazioni?"), varrebbe solo fra busta economica e tecnica, considerato che ciò contraddirebbe insanabilmente il chiaro tenore della previsione.

Allo stesso modo, non è condivisibile l'assunto per cui la causa escludente opererebbe in solo caso d'inserimento di elementi economici contemporaneamente nella busta amministrativa e nella risposta tecnica: dalla lettura testuale della disposizione non emerge infatti tale necessario regime di *contestualità* della commistione, che peraltro finirebbe nuovamente con l'obliterare il richiamo alla busta amministrativa, considerato che la contaminazione della "risposta tecnica" produce senz'altro effetto *ex se* escludente, senza abbisognare anche di quella (contemporanea) della busta amministrativa.

In tale contesto, non è fondato neppure l'argomento con cui l'appellante sostiene che l'esclusione per commistione potrebbe aver luogo soltanto nel corso delle operazioni di valutazione e non oltre: da un lato, infatti, una volta maturata una causa escludente, questa può essere fatta valere in ogni fase della procedura; dall'altro, in ogni caso, l'interpretazione offerta dall'appellante finirebbe con il rendere priva di concreta applicazione e significato (così, di fatto, abrogandola) la previsione nella parte in cui vieta la commistione con la documentazione della busta amministrativa, dal momento che quest'ultima, in un contesto d'inversione procedimentale, viene per definizione esaminata successivamente alle valutazioni, e cioè allorché la fase di valutazione risulta esaurita. In tale prospettiva, il richiamo nella *lex specialis* all'esclusione "*In qualsiasi fase delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche*" non vale di per sé a impedire analoga esclusione - al ricorrere dei presupposti della commistione - anche dopo le valutazioni.

Tanto osservato, occorre considerare nella specie che la detta previsione della *lex specialis*, così come posto in risalto dalla sentenza impugnata, non è stata

impugnata dalla ricorrente, e dunque non è in sé contestabile, risultando pienamente efficace.

Il che è di per sé sufficiente e assorbente ai fini del rigetto delle doglianze formulate dall'appellante, atteso che il provvedimento d'esclusione è ben coerente con le previsioni della *lex specialis*, vincolanti per la stazione appaltante e qui non impuginate.

A ciò si aggiunga peraltro che, nella specie, risulta dalla documentazione in atti che l'amministrazione aveva previsto effettivamente l'apertura sin dall'inizio della busta amministrativa, fermo il suo esame in una fase successiva alle valutazioni (cfr. il verbale del 23 febbraio 2021, in atti, ove si legge: “*Il Segretario informa che nella presente seduta pubblica si procederà dapprima con l'apertura delle buste di qualifica per verificare la corretta apposizione della firma digitale e poi si procederà con l'apertura delle buste di offerta tecnica [...]*”); le appellate richiamano peraltro, al riguardo, anche la coerente previsione del Manuale del portale acquisti Anas, ove si legge: “*Scaduto il termine per la presentazione delle offerte, prima di dare avvio alla valutazione è necessario configurare la commissione di apertura buste riunita dalla sezione 'Commissione e Valutazione - Commissione di apertura'*”).

Allo stesso modo, non assumono rilievo nella specie le distinte competenze attribuite dalla *lex specialis* al seggio di gara e alla commissione giudicatrice, nonché i tempi di nomina del primo, atteso che l'avvenuta commistione documentale risulta *ex se* sufficiente, in base alla *lex specialis*, alla (necessaria) esclusione del concorrente.

Parimenti irrilevante risulta poi la circostanza che il *file* dell'offerta economica fosse inserito in modo “confuso” insieme con gli altri presenti nella busta amministrativa, atteso che ciò ben integra, comunque, la vietata commistione.

Ancora, non è pertinente nella specie il richiamo alla giurisprudenza che afferma il principio del necessario accertamento “in concreto” della violazione del divieto di commistione (Cons. Stato, V, 28 giugno 2021, n. 4871; 29 aprile 2020, n. 2732; nello stesso senso, Id., V, 16 agosto 2022, n.

7147; 14 marzo 2022, n. 1785; III, 3 dicembre 2021, n. 8047), considerato che detto principio attiene più propriamente alla verifica dell'attitudine dell'elemento divulgato a rendere effettivamente percepibile il contenuto dell'offerta economica e influenzare la commissione, ciò che può ritenersi nella specie pacifico, essendo presente nella busta amministrativa la copia dell'offerta economica (*sub file* n. 27); né, in ogni caso, un tale principio incide sulla maturazione nella specie della causa escludente a fronte del chiaro tenore della *lex specialis*.

Allo stesso modo, non rileva il richiamo al precedente di cui alla sentenza n. 6017 del 2019 di questa Sezione (*i.e.*, Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6017), che, dopo aver richiamato i principi generali in materia di divieto di commistione, si sofferma specificamente su quelli - qui non pertinenti - per cui, rispettivamente, il divieto di commistione non assume rilevanza in caso di gara aggiudicata con il criterio del minor prezzo (dunque in difetto di criteri discrezionali), e nell'apertura delle buste, “*mentre l'inversione che interessa i profili economici e quelli tecnici altera inesorabilmente la regolarità della procedura, ciò non accade nel caso in cui l'inversione riguardi l'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa, che non compromette in modo sostanziale i valori in gioco*”: il che non incide evidentemente, di per sé, sull'effetto escludente qui espressamente previsto dalla *lex specialis* (non impugnata) per la commistione fra busta economica e amministrativa, in un contesto in cui peraltro l'amministrazione dava conto della prevista immediata apertura di quest'ultima, nei termini suindicati.

Per tali ragioni le doglianze formulate dall'appellante non sono condivisibili.

3. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va respinto.

3.1. Il rigetto del gravame in relazione alle domande caducatorie implica, in via assorbente, la reiezione della richiesta di risarcimento del danno, stante il difetto della dedotta condotta illecita dell'amministrazione in relazione ai provvedimenti impugnati.



3.2. Le spese di lite sono poste a carico dell'appellante, secondo criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese, che liquida nella misura di € 5.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna appellata costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Alberto Urso**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**