

N. 00222/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01166/2010 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1166 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' Energia 2020 A r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso l'avv.to Francesca Mastroviti in Torino, via Schina, 15;

contro

Provincia di Novara, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Carlo Emanuele Gallo, con domicilio eletto presso l'avv.to Carlo Emanuele Gallo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

nei confronti di

Olicar S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabrizio Cassella, Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv.to Fabrizio Cassella in Torino, via Susa 17;

per l'annullamento

della nota del 13.9.2010 con la quale la Provincia di Novara comunicava alla società ricorrente l'esito della gara esperita in data 18.8.2010 inerente l'erogazione di servizi energetici e di interventi finalizzati al ripristino energetico e all'implementazione di fonti energetiche rinnovabili attraverso il finanziamento conto terzi nelle strutture di proprietà o nella disponibilità della Provincia per le stagioni invernali dal 2010 al 2015;

del atto di aggiudicazione definitiva dell'appalto;

della nota della Provincia di Novara 30.8.2010, n. 137412;

dei verbali in seduta segreta del 2.8.2010, 3.8.2010, 4.8.2010, 5.8.2010, 9.8.2010;

del verbale in seduta aperta del 18.8.2010;

in subordine

dell'art. 44.7.1 del capitolato speciale di appalto;

di tutti gli atti presupposti, collegati o conseguenti e verbali di gara eventualmente posti in essere o redatti e di tutti i provvedimenti conseguentemente adottati

con atto di motivi aggiunti:

della determina della provincia di Novara n. 2864/2010 del 9.9.2010 avente ad oggetto "l'erogazione di servizi energetici nelle strutture di

proprietà o disponibilità Provincia di Novara per stagioni invernali 2010-2015” e riguardante l’aggiudicazione definitiva;
del processo verbale di consegna lavori del 15.9.2010;
con ricorso incidentale del verbale di procedura aperta del 10.8.2010 e delle operazioni ivi svolte relativamente alla mancata esclusione di Energia 2020 s.r.l.;
dei successivi verbali delle sedute segrete e delle operazioni ivi svolte con particolare riferimento alla seduta del 4.8.2010, nella quale si è proceduto alla valutazione dell’offerta tecnica di Energia 2020 s.r.l. e all’attribuzione del relativo punteggio

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Novara e di Olicar S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Olicar Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Fabrizio Cassella, Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv.to Fabrizio Cassella in Torino, via Susa 17;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2011 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR impugnando gli atti in epigrafe e deducendo i seguenti motivi di ricorso:

- 1) Violazione di legge con riferimento agli articoli 2, 86 comma 3, 88 co. 7 del d.lgs. n. 163/2006; articoli 2,3,7 e 10 della l. n. 241/90. Contesta parte ricorrente che la stazione appaltante non abbia provveduto ad una analitica valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria pur a fronte delle segnalazioni dalla medesima poste in essere;
- 2) Violazione di legge e/o del bando di gara. Contesta la ricorrente che la legge di gara prescriveva che il servizio dovesse svolgersi "senza l'utilizzo di fonti rinnovabili" mentre l'offerta dell'aggiudicataria ha espressamente previsto tale utilizzo e quindi avrebbe dovuto essere esclusa.

In via subordinata lamenta:

- 3) Violazione di legge con riferimento all'art. 3 della l. n. 241/90 perché i giudizi numerici assegnati dalla commissione giudicatrice non sarebbero idonei a comprenderne il percorso logico.
- 4) Violazione di legge con riferimento all'art. 2 co. 2 del d.lgs. 163/2006 poiché illegittimamente la busta contenente l'offerta tecnica sarebbe stata aperta in seduta riservata.
- 5) Illegittimità dell'art. 44.7.1 CSA per violazione della d.p.g. n. 226/2010 là dove, in violazione dei precedenti criteri fissati, il capitolato speciale è stato rettificato prevedendo espressamente per

un immobile l'installazione di un impianto a pellets o cippato.

6) Violazione di legge, art. 79 co. 5 bis del d.lgs. 163/2006 perché la comunicazione di aggiudicazione è priva dei requisiti prescritti dal codice degli appalti.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti analoghe censure venivano svolte avverso l'aggiudicazione definitiva.

Con ricorso incidentale depositato in data 30.11.2010 l'aggiudicataria controinteressata deduceva i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 163/2006 con particolare riferimento agli artt. 38, 41, 42, 48, 49, 50, 51; violazione degli artt. 1339 e 1374 c.c.; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, con particolare riferimento al bando: punto III e punto VI lett. c) del disciplinare; punto 3.c), 3.1. Violazione degli obblighi di trasparenza e leale collaborazione. Lamenta la controinteressata che le dichiarazioni concernenti i requisiti di ordine generale non sono state rese da amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di due società che, a seguito di fusione, hanno dato vita alla ricorrente. Inoltre la dichiarazione resa è incompleta, non facendo cenno alla insussistenza di condanne per uno o più reati associativi, di corruzione, frode e riciclaggio quali definiti dagli atti comunitari all'art. 45 par. 1 della direttiva CE 2004/18

2) Violazione della *lex specialis* e dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006 per vizi concernenti la dichiarazione e il contratto di avvalimento

3) Carezza in capo all'ausiliaria dei prescritti requisiti di partecipazione.

DIRITTO

Ritiene il collegio che, pur a fronte di un ricorso incidentale che si pone in termini paralizzanti in quanto tendente ad evidenziare ragioni di esclusione dalla gara della ricorrente, là dove le censure principali appaiano infondate non occorra invertire l'ordinario procedimento logico del giudizio avendo il ricorso incidentale ragione di disanima preliminare solo là dove il ricorso principale possa portare ad un effettivo annullamento dell'aggiudicazione, con conseguente interesse dell'aggiudicataria a paralizzarne gli effetti. Inoltre talune delle censure mosse con il ricorso principale si appuntano avverso la gara nel suo complesso e sono volte ad evidenziare ragioni di esclusione anche dell'offerta dell'aggiudicataria sicchè non potrebbero essere trascurate, anche a prescindere dalla valenza paralizzante delle censure mosse con il ricorso incidentale.

Si procede quindi con l'analisi del ricorso principale.

Con il primo motivo di ricorso principale la ricorrente lamenta che la stazione appaltante non abbia provveduto ad un analitico giudizio di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria; è pacifico nella stessa tesi di cui al ricorso che l'offerta della contro interessata non presentava le caratteristiche legali che vincolano la stazione appaltante alla verifica di anomalia (art. 86 codice dei contratti). Tuttavia sostiene la ricorrente di avere evidenziato un chiaro sintomo di anomalia che

avrebbe onerato la stazione appaltante di provvedere ugualmente alla verifica, pur nell'esercizio di una facoltà discrezionale.

Il sintomo evidenziato dalla ricorrente attiene ad un'unica voce dell'offerta, ossia gli "interventi per la trasformazione delle centrali termiche" rispetto alla quale l'aggiudicataria ha offerto uno sconto sulla base d'asta del 51,55% mentre la media delle altre concorrenti ha offerto uno sconto di circa il 28%.

E' pacifico che il giudizio di anomalia è volto a verificare la complessiva sostenibilità dell'offerta e non a sindacarne la struttura: ciò che può e deve destare sospetto è un'offerta dal cui complesso non sia dato evincere un ragionevole margine d'utile sull'intera commessa, ben potendo il singolo appaltatore scegliere di rendere un singolo servizio a prezzi particolarmente bassi, salvo recuperare su altre voci un "complessivo" ragionevole margine di utile (*ex pluris* C. Stato sez. V 22.6.2010; sez. IV 14. 4.2010). L'argomentazione svolta da parte ricorrente si appunta avverso una singola voce dell'offerta che incide sul suo complesso per circa il 10%. A fronte della corretta obiezione mossa sul punto dalle controparti, secondo le quali computando tutte le voci dell'offerta economica vi era una sostanziale equivalenza delle varie offerte poiché quella dell'aggiudicataria era nel complesso migliorativa rispetto alle restanti concorrenti di circa il 3,31%, la ricorrente ha semplicemente insistito sulle modalità di calcolo della percentuale di incidenza dello sconto praticato sulla singola voce posta *ob origine* in contestazione senza in alcun modo

allegare l'effettiva incidenza di detta singola voce sul totale dell'offerta o comunque sulla fattiva realizzabilità della stessa. Mancano perciò le allegazioni ancor prima che la prova che sussista, in una valutazione complessiva, una anomalia dell'offerta tale da comportare un onere della stazione appaltante di attivare la verifica benché si verta pacificamente in un ambito di facoltà.

Il primo motivo di ricorso deve pertanto essere respinto.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente evidenzia che nella deliberazione n. 226/2010 della giunta provinciale, con la quale venivano riapprovati il bando ed il capitolato della gara, si specificava (cfr. p. 3 del doc. 10 di parte ricorrente): "occorre precisare che il servizio di cui trattasi deve comprendere il servizio di gestione calore e l'adeguamento degli impianti senza l'utilizzo di fonti rinnovabili". Pacificamente l'aggiudicataria ha proposto, per una serie di edifici, la conversione dell'impianto con l'utilizzo di fonti rinnovabili. Tale offerta, secondo la ricorrente, avrebbe dovuto essere esclusa perché contrastante con il riportato "stralcio" della deliberazione n. 226. Sul punto tanto la stazione appaltante che l'aggiudicataria hanno obiettato che la stessa ricorrente ha offerto l'implementazione di impianti alimentati con fonti rinnovabili (cfr. doc. 12 parte controinteressata) e quindi, a seguirne la tesi, essa stessa avrebbe dovuto essere esclusa, con conseguente carenza di interesse alla censura; anche sotto questo profilo (risultante dai documenti) la ricorrente nulla ha replicato sicché deve ritenersi pacifico che si sia verificata la circostanza

obiettata, che indubbiamente incide sull'ammissibilità della censura. D'altro canto la tesi è di per sé assurda se confrontata con l'oggetto della gara consistente in: "erogazione di servizi energetici e interventi finalizzati all'implementazione di fonti energetiche rinnovabili attraverso il finanziamento conto terzi nelle strutture di proprietà o nella disponibilità dell'amministrazione provinciale". L'assunto di parte ricorrente priverebbe la gara dello stesso oggetto; la "precisazione" (come tale considerata dalla stazione appaltante e pacificamente convivente con altra puntuale previsione di implementazione di una particolare fonte energetica rinnovabile, impianto a pellets o cippato, in relazione alla struttura ITAS Bonfantini) non può che essere interpretata nel senso proposto dalle controparti (e verosimilmente inteso dalla stessa ricorrente nella formulazione della propria offerta) ossia quello per cui i concorrenti, dovendosi proporre non solo per l'implementazione di fonti rinnovabili ma comunque per la complessiva gestione del servizio calore, avrebbero dovuto, anche là dove non avessero ritenuto di introdurre l'uso di energie rinnovabili, assumere l'impegno di adeguare gli impianti esistenti secondo criteri di risparmio energetico. Il bando di gara infatti imponeva al punto 44.7 e 44.7.1 l'aggiornamento tecnologico del sistema edificio-impianto mediante la "installazione di impianti e/o modifica dei medesimi rispetto alle condizioni iniziali" e in particolare l'obbligo di "proporre la trasformazione ad altro combustibile degli impianti attualmente a

gasolio” nonché di “proporre la sostituzione delle caldaie a gas non a condensazione attualmente presenti con caldaia a condensazione ad alta efficienza termica” (cfr. doc. 4 parte controinteressata, p. 50).

Sono quindi infondati tanto il secondo motivo che il quinto motivo di ricorso, proposto in via subordinata, essendo l’indicazione di una specifica fonte di energia rinnovabile quale soluzione per un determinato edificio congruente con la struttura generale della gara e quindi dell’offerta.

Passando alle censure mosse in via subordinata la ricorrente contesta che la valutazione numerica data dalla commissione giudicatrice alle caratteristiche dell’offerta tecnica non consentirebbe di ricostruire le ragioni che hanno indotto la commissione a formulare il proprio giudizio.

Si evince dal disciplinare di gara (in atti sub. doc. 12 di parte ricorrente) che il punteggio per la valutazione tecnica (massimo complessivo pari a 600), ai sensi della legge di gara, è stato scomposto nei seguenti criteri e sub-criteri:

punteggio per l’organizzazione e le modalità di svolgimento del servizio (massimo complessivo di 200 punti) suddiviso in “organizzazione dedicata alla commessa” (90 punti), “modalità di espletamento del servizio offerto e affidabilità del pronto intervento” (80 punti) “metodi e procedure di qualità adottate a garanzia del servizio” (30 punti); nonché “interventi proposti di riqualificazione e messa a norma impianti termici a carico del

concorrente” (massimo complessivo di 400 punti) così scomposto: “valore tecnico degli interventi di riqualificazione proposti per le centrali termiche” (150 punti), “altri interventi proposti per il miglioramento dell’efficienza energetica degli edifici” (150 punti), “sistema informativo e di telecontrollo installato” (80 punti), “cronoprogramma degli interventi” (20 punti). I suddetti criteri sono stati ripresi nelle valutazioni della commissione giudicatrice che ha proceduto con l’attribuzione di un punteggio per ogni commissario e quindi con la predisposizione della graduatoria frutto della media di tali punteggi. Dalla documentazione prodotta per il giudizio di merito, che non rappresenta una integrazione della motivazione ma lo schema di “scomposizione delle offerte” e valutazione delle singole caratteristiche seguito dalla commissione in gara al fine di formulare il giudizio numerico, si evince oltre ad una puntuale analisi delle singole offerte, la necessità di confrontare i criteri e sub-criteri così dettati anche con le analitiche disposizioni del capitolato speciale che nella parte “disciplinare tecnico dei servizi” dal punto 44.1 in avanti descriveva con modalità puntuali le caratteristiche dell’offerta. I margini di discrezionalità tecnica erano quindi ben definiti nella *lex specialis* di gara. Da tale complessiva documentazione si ritiene non potersi desumere la censurata inidoneità del punteggio numerico.

Con la seconda censura mossa in subordine (quarto motivo di ricorso) si contesta l’operato della commissione in relazione all’intervenuta apertura dell’offerta tecnica in seduta riservata. Questo

Tribunale ha pur espresso l'orientamento secondo cui risulterebbe viziata una gara in cui le offerte tecniche siano state aperte in seduta riservata in un caso in cui, tuttavia, anche le offerte economiche erano state aperte in seduta riservata. Anche alla luce di una più attenta lettura dell'orientamento espresso dal giudice di appello, si è quindi successivamente puntualizzato che, nella fisiologia della gara, ciò che deve aprirsi in seduta pubblica sono le offerte economiche e i "pliche" contenenti a loro volta il complesso della documentazione amministrativa e delle offerte tecnica ed economica, queste ultime in distinta busta. Diverso è ritenere invalidata l'intera gara là dove la sola apertura della busta dell'offerta tecnica (pacificamente oggetto di valutazione riservata, spesso tutt'altro che di immediata evidenza) avvenga appunto nello stesso contesto riservato deputato alla sua valutazione.

Anche la giurisprudenza d'appello citata da parte ricorrente è infatti espressamente riferita alla sola apertura dei pliche o comunque non pertinente: così C. Stato sez. VI 22.4.2008, n. 1856; la pronuncia C. Stato sez. VI 18.12.2006 n. 7578, da una complessiva lettura, evidenzia che l'onere di apertura in pubblico, dopo l'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica ed onde evitare che quest'ultimo sia influenzato dall'offerta economica, viene fissato per l'appunto in relazione alla busta contenente la sola offerta economica, che nel caso ivi affrontato era denominata "C"; infine l'invocata sentenza C. Stato sez. IV 11 ottobre 2007 n. 5354 affronta la problematica delle

modalità di conservazione delle buste e non si pronuncia in specifico sul contesto di apertura delle buste concernenti l'offerta tecnica.

La censura non può pertanto trovare accoglimento.

Sul quinto motivo di ricorso già si è statuito unitamente al vaglio del secondo motivo.

Quanto infine all'ultima censura, concernente le modalità e i contenuti della comunicazione di aggiudicazione, è pacifico che qualsivoglia vizio che affligga tale comunicazione può incidere sulla decorrenza del termine per impugnare ma non certo sulla legittimità dell'aggiudicazione. Poiché nel caso di specie non si pongono questioni di ricevibilità del ricorso o ammissibilità dei motivi aggiunti la censura non è idonea a supportare la domanda di annullamento degli atti della procedura.

Le reiezione dei motivi di ricorso principale (riproposti in termini identici nel ricorso per motivi aggiunti) priva la ricorrente incidentale di interesse alla decisione del ricorso incidentale.

Stante le complessità delle vertenze e il ricordato mutamento di orientamento giurisprudenziale in relazione al quarto motivo di ricorso sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, Respinge il ricorso principale.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)