



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 numero di registro generale 4568 del 2012, proposto da:
Consorzio Concordia Costruzioni Generali, rappresentato e difeso dagli avv.ti
Gherardo Maria Marengi e Luisa Marrone, con domicilio eletto presso il primo,
in Roma, piazza di Pietra, 63;

contro

Selettra s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Donatello Genovese, con domicilio
eletto presso Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, 24;
Comune di Ruoti, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Savino, con domicilio
eletto presso Fabio Frattegiani in Roma, piazza Cola di Rienzo, 92;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I n.
00264/2012, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di gestione
manutenzione ordinaria programmata e straordinaria degli impianti di pubblica
illuminazione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Selettra s.r.l. e del Comune di Ruoti;

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 8 marzo 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Annalisa Di Giovanni su delega degli avvocati Marrone e Marengi, Alessio Petretti su delega dell'avv. Donatello Genovese e Vincenzo Savino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di gara indetta dal Comune di Ruoti, con bando pubblicato il 1° dicembre 2011, per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione degli impianti comunali di pubblica illuminazione, comprensivo della fornitura di energia elettrica e delle attività tese al conseguimento del risparmio energetico di tali impianti.

Alla gara partecipavano le sole due imprese in epigrafe e veniva dichiarata aggiudicataria l'odierno appellante, consorzio stabile di imprese Concordia Costruzioni Generali.

2. Tuttavia, il TAR Basilicata accoglieva la conseguente impugnativa avverso gli atti di gara della seconda graduata Selettra s.r.l., previo rigetto del ricorso incidentale escludente svolto dall'aggiudicataria. In entrambe le impugnative si deducevano tra l'altro violazioni dell'art. 12.4 del disciplinare di gara, contenente il divieto di inserire nell'offerta tecnica elementi concernenti l'offerta economica, con relativa comminatoria di esclusione.

Rilevava al riguardo il TAR adito che:

- doveva escludersi che la valutazione dell'offerta tecnica della Selettra potesse essere stata influenzata dall'indicazione del costo della manodopera per l'installazione del quadro elettrico, pari a complessivi € 1.032,72, in quanto, l'importo di tale voce è assai esiguo rispetto alla base d'asta (pari a circa lo 0,05%) ed afferente ad una voce di costo non soggetto a ribasso;
- per contro, tale perturbazione del giudizio valutativo doveva ritenersi consumata nel caso del consorzio aggiudicatario, per avere questo allegato all'offerta tecnica il computo metrico relativo al progetto preliminare degli interventi di riqualificazione degli impianti finalizzata al contenimento dei consumi energetici, con indicati i corrispondenti valori economici, pari a complessivi € 648.788,88, a fronte di un'offerta economica complessiva di € 1.940.023,20.

3. A questa decisione, il consorzio Concordia obietta nel presente appello:

- che il divieto contenuto nel punto 12.4 del disciplinare "scatta" inderogabilmente di fronte a qualsiasi commistione di elementi dell'offerta economica in quella tecnica, come dato evincere dall'espressione usata per formulare il divieto: "*alcun riferimento*";
- la clausola della legge di gara è dunque chiara e, in mancanza di impugnazione della stessa, la stessa avrebbe dovuto conseguentemente applicata dall'amministrazione aggiudicatrice;
- ha errato il TAR ad attribuire, in sostanza, diverso peso alle violazioni del divieto commesso da entrambe le concorrenti, trattandosi di operazione non consentita dal tenore della clausola suddetta;
- in applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4, il ricorso della Selettra avrebbe pertanto dovuto essere dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione ad agire;
- se invece si volesse accogliere l'interpretazione fatta propria dal TAR, l'impugnativa proposta da quest'ultima avrebbe comunque dovuto essere respinta

nel merito, visto che l'importo da essa appellante indicato nel computo metrico allegato all'offerta economica, da un lato, non consentiva di dedurre il prezzo che sarebbe stato offerto, essendo quest'ultimo "*di gran lunga superiore*" e che, in secondo luogo, i costi per gli interventi di riqualificazione e contenimento energetico non sono a carico dell'amministrazione.

4. Si sono costituiti tanto il comune di Ruoti che la Selettra, il primo formulando conclusioni adesive all'appellante, la seconda in resistenza a quest'ultima e con riproposizione dei motivi del ricorso originario assorbiti dal TAR e cioè:

- mancata esclusione del consorzio aggiudicatario per mancata dichiarazione circa il possesso dei requisiti di affidabilità morale in capo alle imprese consorziate;
- mancata prova del possesso in capo al medesimo consorzio ed alle consorziate del requisito di idoneità professionale ex art. 39 d.lgs. n. 163/2006, consistente nella qualità di impresa ESCO (energy service company) accreditata presso l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas;
- mancato possesso in capo al consorzio dei requisiti di idoneità tecnica consistenti nelle certificazioni di qualità richieste dal bando di gara;
- mancata intestazione della cauzione provvisoria alle imprese consorziate;
- ingiusta attribuzione dei punteggi per le offerte;
- incongruenze nel piano economico-finanziario *ex adverso* presentato;
- presentazione del progetto tecnico senza firma e timbro di professionista autorizzato.

5. Così riassunte le opposte prospettazioni delle parti, il Collegio reputa infondato l'appello e dunque meritevole di conferma la sentenza di primo grado.

Il TAR ha colto con esattezza la finalità della contestata clausola del disciplinare di gara, la quale è all'evidenza quello di evitare che il processo valutativo inerente l'offerta tecnica possa essere influenzato dalla anticipata conoscenza di elementi di carattere economico inerenti al prezzo offerto, così frustrando le finalità sottese

alla scansione procedimentale dei due momenti valutativi che contraddistingue le procedure di aggiudicazione per le quali sia stato individuato il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in termini questa Sezione si è già espressa con le sentenze 1 marzo 2012, n. 1196; 11 maggio 2012, n. 2734 e, da ultimo, 7 gennaio 2013, n. 10).

Posta questa premessa, è del pari condivisibile la conseguenza che il giudice di primo grado da essa ha tratto, essendo evidente che nessuna perturbazione possa essersi verificata con riguardo all'offerta tecnica della ricorrente principale, vista la pressoché nulla incidenza del costo dei lavori in essa esclusa e la loro non ribassabilità.

Pertanto, è alla luce di questa *ratio* ispiratrice che la disposizione di *lex specialis* in contestazione deve essere letta, giusto il canone interpretativo stabilito dall'art. 1363 cod. civ., pacificamente applicabile anche ai bandi di gara per l'affidamento di contratti pubblici.

Sul punto è il caso di soggiungere come la formulazione letterale di detta clausola non sia ostativa a questa lettura, la quale, infatti, sovviene unicamente a chiarire la portata del divieto, in coerenza con l'esigenza che alle comminatorie espulsive di detti bandi sia sempre sotteso un interesse sostanziale della stazione appaltante.

Per contro, non può convenirsi con i rilievi dell'appellante circa il fatto che anche l'elemento da essa indicato nella propria offerta tecnica non avrebbe avuto l'effetto di influenzare la valutazione di essa da parte della commissione di gara.

In primo luogo, è agevole confutare l'assunto secondo cui il prezzo offerto non poteva essere desunto rispetto ai costi per gli interventi di riqualificazione indicati essendo il primo assai più alto. In contrario, infatti, si rileva come i secondi si ragguagliano all'incirca ad un terzo di quest'ultimo e dunque ad una percentuale molto significativa.

In secondo luogo, tale assunto oblitera che gli interventi di riqualificazione in questione sono una componente fondamentale del contratto posto a gara, visto che l'utile conseguibile dal gestore del servizio riposa in ultima analisi sul margine netto che lo stesso sarà in grado di realizzare tra il corrispettivo riconosciuto dall'amministrazione rispetto alla base d'asta, da un lato, e, dall'altro, il risparmio conseguibile in relazione al costo sostenuto dall'impresa per lo svolgimento del servizio di illuminazione pubblica, a sua volta dipendente anche dagli interventi di riqualificazione in funzione della riduzione dei consumi energetici.

Come infatti risulta dal bando e dal disciplinare di gara, il corrispettivo posto a base d'asta è stato quantificato dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base di un quadro economico comprendente il costo per la fornitura dell'energia elettrica e la gestione e manutenzione degli impianti. E' allora evidente che gli interventi di riqualificazione energetica, in quanto tendenti a ridurre tali costi, sono indicativi dell'ammontare di questi ultimi ed in definitiva dell'offerta economica che sulla base degli stessi l'impresa concorrente può prestare.

Malgrado la soccombenza dell'appellante, il Collegio ravvisa nella peculiarità della questione trattata giusto motivo per compensare tra tutte le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa le spese tra tutte le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/04/2013

IL SEGRETARIO

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

LAVORI PUBBLICI