

Pubblicato il 03/04/2017

N. 01530/2017REG.PROV.COLL.
N. 08988/2016 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 8988 del 2016, proposto da:
PVB Solutions S.p.a. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del
costituendo r.t.i. con Red 2 S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Adami, con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, corso d'Italia, 97;*

contro

*Cristoforetti Servizi Energia S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Reggio D'Acì, Marco
Bertazzolo, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Reggio D'Acì in
Roma, via delle Medaglie d'Oro, 122;*

nei confronti di

Centro dei Servizi Sociali Villa "C. Resemini", non costituito in giudizio;

per la riforma

*della sentenza breve del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n.
01269/2016, resa tra le parti, concernente affidamento triennale di servizi di
gestione e manutenzione degli impianti tecnologici della casa di riposo;*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cristoforetti Servizi Energia S.p.a.;

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 2 marzo 2017 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Pietro Adami ed Andrea Reggio D'Acì;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 192 in data 29 luglio 2016, il Centro dei Servizi Sociali Villa "C.Resemini" ha aggiudicato definitivamente, al r.t.i. tra PVB Solutions S.p.a. e Red 2 S.r.l., la procedura aperta per l'affidamento triennale dei servizi di gestione e manutenzione degli impianti tecnologici della casa di riposo da esso gestita.

2. L'altra (unica) offerente, Cristoforetti Servizi Energia S.p.a., ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR Veneto, che, con la sentenza appellata (I, n. 1269/2016) ha accolto il ricorso, ritenendo che il r.t.i. l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso in ossequio al divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica;

3. Ciò, a causa dell'inserimento, nell'offerta tecnica di una franchigia annuale per lavori di manutenzione straordinaria fino a concorrenza di 5.000,00 euro, genericamente e indistintamente riferita a tutta la gestione della manutenzione straordinaria oggetto di appalto, che è stata favorevolmente apprezzata tra le "migliorie" dalla Commissione giudicatrice e la cui prospettazione è quindi risultata idonea ad alterare l'imparzialità della valutazione.

4. Appella la mandataria del r.t.i. escluso, PVB Solutions, prospettando le argomentazioni di censure appresso sintetizzate.

4.1. *Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica è stato enucleato dalla giurisprudenza per tutelare, anche nella fase di valutazione delle offerte tecniche, il principio di segretezza dell'offerta economica; tuttavia, per inficiare l'offerta, deve risultare che l'elemento economico compreso nell'offerta tecnica possa far risalire al valore dell'offerta economica, il che certamente non si verifica nel caso in esame, posto che quest'ultima consisteva in uno sconto percentuale sul canone globale a base di gara.*

4.2. *La franchigia sulla manutenzione straordinaria sostitutiva o correttiva non prevista nel piano manutentivo, offerta dal r.t.i. aggiudicatario, costituisce una miglioria tecnica (ancorché abbia un valore economico), in quanto l'impresa non eroga alcuna somma ma si limita ad effettuare lavori includendoli nel canone percepito; la franchigia si sarebbe potuta offrire in modo equivalente, parametrandola ad un elenco di prestazioni o alla quantità di materiali di ricambio (ad es., lampadine) forniti, il tetto di valore è stato indicato per dare certezza all'offerta; pertanto, equivale a qualsiasi altro benefit (ad. es., un'auto elettrica in omaggio) offerto alla stazione appaltante, in ordine al quale non si sarebbe posto alcun problema.*

4.3. *La sentenza appellata evidenzia che la franchigia ha ricevuto un positivo apprezzamento in sede di valutazione dell'offerta tecnica; ma ciò è consentito, in quanto nessuna norma impedisce che le offerte tecniche apportino benefici valutabili economicamente (e di una simile norma, del resto, sarebbe arduo spiegare le ragioni); la sentenza giudica "irrilevante ... la marginalità degli interventi di manutenzione" offerti in franchigia, e invece avrebbe dovuto essere effettuata la prova di resistenza riguardo alla idoneità in concreto a rendere prevedibile l'offerta economica.*

5. *La stazione appaltante non si è costituita in giudizio.*

6. *Si è invece costituita la società Cristoforetti, sostenendo le conclusioni raggiunte dal TAR, e sottolineando che l'alterazione dell'operato della Commissione emerge da evidenti contraddittorietà, rispetto ai documenti di*

gara e di offerta, che hanno penalizzato la propria offerta nell'attribuzione dei punteggi.

7. L'appellata ripropone anche il motivo di impugnazione proposto in via subordinata, poiché rivolto all'annullamento della gara, e rimasto assorbito in primo grado: nonostante l'art. 3 del disciplinare prevedesse che i coefficienti fossero determinati sulla scorta della previsione di cui all'Allegato P, II, a), del d.P.R. 207/2010, dai verbali (n. 2 del 22 aprile 2016, n. 3 del 5 maggio 2016 e n. 4 del 20 maggio 2016) si desume che la Commissione giudicatrice ha in realtà proceduto ad una comparazione fra le offerte tecniche, attraverso la discussione tra i componenti, anziché consentire a ciascun commissario di valutare la rispondenza della singola offerta rispetto alle prescrizioni del disciplinare e del capitolato.

8. PVB replica, eccependo che la prospettazione da parte dell'appellata di autonome critiche all'operato della Commissione non è riferita a specifiche parti del provvedimento e non indica come sono stati attribuiti i punteggi, né come avrebbero dovuto essere attribuiti, al fine di superare la prova di resistenza; sostiene che, comunque, le critiche sono infondate; quanto alla censura riproposta in appello, sostiene che è assurdo ritenere che la propria offerta dovesse essere giudicata senza conoscere il contenuto di quella dell'appellata, in quanto le offerte tecniche vanno aperte tutte in seduta pubblica ed è buona norma nell'attribuire il punteggio agire tenendo conto dei progetti presentati dagli altri concorrenti.

9. Il Collegio ritiene anzitutto che il motivo assorbito riproposto dalla Cristoforetti, concernente il metodo di attribuzione dei punteggi, sia infondato.

La lettura dei verbali evidenzia che la Commissione, sia pure dopo una motivazione collegiale che contiene elementi di comparazione tra le due offerte, ha indicato i coefficienti distintamente assegnati alle due offerte in relazione ai diversi criteri di valutazione dai singoli commissari, ed ha attribuito i punteggi sulla base di essi.

Perciò, il criterio previsto dal disciplinare risulta rispettato.

Può aggiungersi che, trattandosi di attribuire i punteggi a due sole offerte, non sarebbe stato logica un'interpretazione del disciplinare nel senso che si dovesse prescindere da valutazioni comparative.

Per il resto, l'appellata ha prospettato profili di contraddizione o di insufficienza motivazionale nell'attribuzione dei punteggi, ma, come precisato anche nella memoria di replica, non come autonome censure, ma soltanto per dimostrare come vi sia stata una alterazione della attività valutativa, a supporto della violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica contestata nell'appello.

10. Risulta dunque decisivo l'appello di PVB sul motivo accolto dal TAR.

Al riguardo, la giurisprudenza di questo Consiglio afferma che il principio di tassatività delle cause di esclusione nelle gare pubbliche, di cui all'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. 163/2006, ammette che tra di esse possano ricomprendersi le violazioni delle regole fondamentali in tema di offerte (elementi essenziali dell'offerta), tra le quali deve essere certamente annoverato il principio di segretezza dell'offerta, che ne costituisce un corollario immanente e che si manifesta nell'inammissibile commistione dell'offerta economica nell'offerta tecnica, atteso che la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della commissione aggiudicatrice è di per sé idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa; di conseguenza nessun elemento economico deve essere reso noto alla commissione stessa prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, n. 2262/2016).

Si è affermato, in particolare, 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 economici 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 (cfr. Cons. Stato, V, n. 5181/2015; VI, n. 5890/2014 e n. 5928/2012), o consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, V, n. 4226/2016).

In definitiva, l'applicazione del divieto di commistione va effettuata in concreto (e non in astratto), con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono 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 al seggio di gara di apprezzare "prima del tempo" la consistenza e la convenienza di tale offerta (cfr. Cons. Stato, III, n. 3287/2016; IV, n. 825/2016).

11. Da tali principi, il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi.

Osserva quindi che la "franchigia annuale a proprio carico sulle attività riguardanti la manutenzione straordinaria sostitutiva e correttiva, non prevista nel Piano Manutentivo", offerta da PVB al punto 2.6 del progetto tecnico, attiene, dal punto di vista del contenuto, alle prestazioni oggetto dell'appalto ed apprezzate nell'offerta economica.

L'appellante sottolinea che le prestazioni offerte in franchigia "esorbitano dall'area prestazionale coperta dal canone offerto (essendo straordinarie)", ma non spiega perché ed in che modo sarebbe possibile distinguerle in sede di esecuzione. Mentre è indubbio, come sottolinea anche l'appellata, che la manutenzione straordinaria correttiva sia compresa in 12 (articoli del capitolato da 01.02 a 1.12) dei 18 servizi appaltati.

L'elemento economico in questione, perciò, non può certo essere assimilato alle prestazioni ed ai benefit di diversa natura che l'appellante, per sostenerne

la pari irrilevanza rispetto al divieto di commistione, invoca come ad esso equivalenti.

12. Per quanto riguarda la potenziale idoneità della franchigia offerta da PVB a condizionare le valutazioni della Commissione, occorre considerare che l'entità della franchigia annuale offerta equivale a circa il 3,7 % dell'intero importo dell'appalto, nonché ad oltre il 30 % del ribasso indicato nell'offerta economica dell'appellante.

Si tratta quindi di un elemento in grado di incidere significativamente sulle previsioni di convenienza delle offerte.

Del resto, la stessa Commissione, nella motivazione complessiva dell'attribuzione dei punteggi, ha espressamente apprezzato, fra le migliori, "soprattutto" la previsione di tale franchigia.

13. In applicazione dei principi soprariocordati, deve dunque ritenersi che, in presenza di un appalto da aggiudicare sulla base del canone annuale "chiuso", se in sede di valutazione dell'offerta tecnica emerge una franchigia (rectius: un'ulteriore sconto) relativa a tutta la gestione della manutenzione straordinaria, tale conoscenza è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione da parte della Commissione giudicatrice, senza che vi sia necessità di valutare i profili di contraddittorietà e illogicità delle valutazioni prospettati dall'appellata.

Tanto più che i coefficienti di valutazione, come esposto, sono stati determinati attraverso la media dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari.

14. L'appello va quindi respinto, risultando condivisibili le conclusioni raggiunte dal TAR.

15. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società appellante al pagamento in favore della società appellata della somma di euro 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge, per spese del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO