



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 337 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Manutencoop Facility Management S.p.a., in personale del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria di r.t.i. con le imprese Trentina Calore S.r.l., A.T.A. Engineering S.p.a., C.L.A. Soc. coop. e Sira Soc. coop.,
- Trentina Calore S.r.l., in personale del legale rappresentante pro tempore, quale mandante del nominato r.t.i.,
- A.T.A. Engineering S.p.a., in personale del legale rappresentante pro tempore, quale mandante del nominato r.t.i.,
- C.L.A. Soc. coop., in personale del legale rappresentante pro tempore, quale mandante del nominato r.t.i.,
- Sira Soc. coop., in personale del legale rappresentante pro tempore, quale mandante del nominato r.t.i.,

- rappresentate e difese dagli avv.ti Daniela Anselmi, Rossana Brandolin e Laura Tardivo e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Trento, via Grazioli, n. 27

contro

I.T.E.A. - Istituto Trentino per l'Edilizia Abitativa S.p.a., in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Flavio Maria Bonazza e Paola Matassoni e con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Trento, Piazza Mosna, n. 8

nei confronti di

PVB Solutions S.p.a., in personale del legale rappresentante pro tempore, quale capogruppo mandataria del r.t.i. con Cristoforetti Servizi Energia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Adami e Paolo De Nardis e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trento, Piazza Mosna, n. 25

per l'annullamento

* - quanto al ricorso principale:

- del provvedimento del Dirigente di Itea S.p.a. - Istituto Trentino per l'Edilizia Abitativa, prot. n. 012084, del 15.11.2012, concernente l'aggiudicazione definitiva al raggruppamento controinteressato dell'appalto quadriennale del servizio energia 2012-2016 riguardante gli impianti di climatizzazione invernale ed estiva, relativi ai centri di consumo situati negli immobili di proprietà di Itea o in sua gestione;
- della relazione conclusiva della verifica di anomalia redatta da Itea e di tutti gli atti, le note e i verbali assunti dalla Stazione appaltante e dalla Commissione, acquisiti dalle ricorrenti in data 21.11.2012 a

seguito di istanza di accesso;

- di tutti i verbali di gara delle sedute pubbliche e di quelle riservate;

- nonché per il risarcimento dei danni;

* - quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del diniego tacito opposto dalla Stazione appaltante all'informativa inviata ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163;

* - quanto al ricorso incidentale:

- dei verbali e degli atti tutti di gara nella parte in cui hanno ammesso e non escluso dalla procedura il costituendo r.t.i. Manutencoop Facility Management S.p.a. con Trentina Calore S.r.l., A.T.A. Engineering S.p.a., C.L.A. Soc. coop. e Sira Soc. coop.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.T.E.A. - Istituto Trentino per l'Edilizia Abitativa S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di PVB Solutions S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da PVB Solutions S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2013 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara datato 24 novembre 2011 Itea S.p.a. ha indetto una procedura aperta al fine di affidare, per la durata di quattro anni,

il “servizio energia”, inerente la gestione degli impianti di climatizzazione invernale ed estiva, relativi agli immobili di sua proprietà o da essa gestiti, con connessa progettazione ed esecuzione di interventi di riqualificazione energetica e tecnologica.

Per il predetto servizio è stato fissato un importo complessivo a base d’asta pari a 48.490.160,00 €. Per la sua aggiudicazione è stato scelto il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi in base ai seguenti parametri: offerta tecnica punti 60; prezzo punti 40.

2. Al termine della procedura comparativa, l’offerta del raggruppamento ricorrente, capeggiato da Manutencoop Facility Management (di seguito solo Manutencoop), ha ottenuto (riparametrati) 80,00 punti (59,2473 per la parte tecnica e 21,2320 per quella economica), a fronte dei (riparametrati) 100,00 punti (dei quali 60,00 per la parte tecnica e 40,00 per quella economica) ottenuti dal raggruppamento controinteressato capeggiato da PVB Solutions (di seguito solo PVB).

3. Poiché l’offerta vincitrice è risultata anomala, l’Amministrazione ha pertanto posto in essere il sub-procedimento di valutazione dell’anomalia, chiedendo al concorrente dapprima giustificazioni e quindi chiarimenti. L’istruttoria si è conclusa favorevolmente per il raggruppamento PVB.

Di conseguenza, Itea, in data 14 novembre 2012, ha definitivamente aggiudicato il servizio a PVB.

4. Con nota del 7.12.2012 Manutencoop ha inoltrato alla Società

appaltante l'informativa prevista dall'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163. Per essa, non ha ottenuto alcuna risposta.

5. Con il ricorso introduttivo Manutencoop ha quindi impugnato il provvedimento di aggiudicazione, oltre agli altri atti di gara indicati in epigrafe, per i seguenti motivi di diritto:

I - violazione artt. 86 e 87 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione del capitolato speciale e dei relativi allegati, con particolare riguardo all'allegato 11; violazione art. 9 del D.P.R. 26.8.1993, n. 412; difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità e contraddittorietà; violazione dei principi di buon andamento, economicità, efficacia ed efficienza.

La ricorrente asserisce innanzitutto che l'oggetto principale del presente giudizio è il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta e la sua conclusione favorevole al raggruppamento controinteressato il quale, all'opposto, non avrebbe giustificato quasi nessuno degli elementi di costo indicati in sede di gara, con ciò emergendo un'analisi superficiale, insufficiente e lacunosa della commissione. Più in dettaglio, si lamenta che quasi tutti i prezzi offerti da PVB si porrebbero al di sotto della c.d. "*ultima soglia*" come individuata dalla Stazione appaltante, oltre la quale diventava "*difficilmente giustificabile ed accettabile il ribasso offerto*" e sarebbe stato pertanto doveroso giustificare ogni voce delle componenti il corrispettivo.

II - Violazione art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006; violazione art. 28 del capitolato speciale e dei relativi allegati con particolare riguardo agli allegati 02, 03 e 09; difetto di istruttoria e di motivazione; sviamento,

contraddittorietà, disparità di trattamento e ingiustizia manifesta.

La commissione valutativa sarebbe incorsa in una pluralità di errori, emendati i quali l'offerta dichiarata vincitrice otterrebbe un punteggio inferiore, mentre la proposta del raggruppamento ricorrente conseguirebbe l'aggiudicazione.

In particolare: sarebbero stati decurtati di 1 punto 10 degli 11 progetti tecnici vincolanti proposti da Manutencoop a causa delle diverse caratteristiche del bollitore proposto, anziché valutare complessivamente la proposta migliorativa rispetto alle richieste di gara; PVB avrebbe introdotto ben 258 nuovi prezzi senza ottenere un valutazione negativa come prescritto dal capitolato; non sarebbero state valutate nell'offerta PVB una serie di carenze e di violazioni degli obblighi di capitolato per numerosi edifici; le risorse umane proposte da PVB per la manutenzione, per un monte ore di 15.200 ore/anno, sarebbero del tutto insufficienti; PVB non avrebbe presentato le certificazioni energetiche per 6 appartamenti; PVB non avrebbe presentato la scheda tecnica per i progetti tipo vincolanti.

III - Violazione artt. 10 e 88 del D.Lgs. n. 163, e art. 121 del D.P.R. 5.10.2010, n. 207, stante l'incompetenza del responsabile dell'esecuzione del contratto, preposto al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

6. Le Società ricorrenti hanno chiesto la sospensione dei provvedimenti impugnati, anche con misura monocratica.

7. Con decreto presidenziale n. 173, pubblicato il 21 dicembre 2012, l'istanza di misura cautelare provvisoria è stata accolta.

8. Si è costituita in giudizio l'impresa PVB Solutions controinteressata, per chiedere la reiezione dell'impugnativa e per proporre ricorso incidentale, fondato sui seguenti motivi di diritto:

i - violazione dei paragrafi 7.3 e 5.1. del disciplinare di gara e dell'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006; disparità di trattamento, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, violazione dei principi in materia di concorrenza e trasparenza.

Infatti, l'offerta di Manutencoop, essendo stata presentata in un armadio di legno a due ante (chiuso a chiave e con nastro adesivo plastificato rosso semitrasparente posto longitudinalmente alle aperture, ma) non sigillato né controfirmato sui lati di chiusura come richiesto dalla disciplina di gara, la stessa avrebbe dovuto essere esclusa per incertezza assoluta sul suo contenuto e sulla sua provenienza;

ii - violazione del paragrafo 5.3 del disciplinare di gara e degli artt. 47 e 38 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445, in quanto la fideiussione presentata dal raggruppamento Manutencoop non era accompagnata da copia del documento di identità del soggetto sottoscrittore.

9. Anche la resistente Itea si è costituita in giudizio, argomentando per la reiezione del ricorso nel merito.

10. Con ordinanza n. 9, adottata nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2013, la domanda incidentale di misura cautelare è stata accolta.

11. Contestualmente, è stata disposta una verifica, affidata ad un docente universitario esperto in finanza e organizzazione aziendale -

indicato dal Direttore del Dipartimento Economia e Management dell'Università di Trento nel prof. Michele Andreaus, professore ordinario di economia aziendale - affinché fosse *“integrata l'istruttoria svolta dalla Stazione appaltante sulla congruità dell'offerta di PVB Solutions S.p.a. con riferimento alle voci di costo non riguardanti la fornitura di combustibili, di materiali e attrezzature nonché per le certificazioni e le diagnosi energetiche”*.

12. Il verificatore, sentite le parti del giudizio e acquisiti presso Itea e presso PVB i dati e i documenti ritenuti utili, ha redatto la relazione tecnica, depositata in data 25 marzo 2013.

13. Alla camera di consiglio del 4 aprile 2013, con ordinanza n. 36, è stato preso atto della rinuncia all'istanza cautelare a fronte dell'individuazione di una data ravvicinata per l'udienza di merito.

14. In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno presentato ulteriori documenti nonché memorie illustrative e di replica delle rispettive posizioni.

15. Alla pubblica udienza del giorno 11 luglio 2013 il ricorso è stato chiamato e quindi trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. È innanzitutto doveroso esaminare preliminarmente il ricorso incidentale (cfr., C.d.S., Ad. Pl., 7.4.2011, n. 4).

Esso non merita di essere apprezzato favorevolmente.

2a. Con il primo motivo si lamenta la mancata esclusione dell'offerta Manutencoop dalla procedura di gara, sul rilievo che, a causa delle particolari modalità di confezionamento del plico, sarebbe venuta la

certezza assoluta sul contenuto della stessa offerta e sulla sua provenienza.

2b. Ora, in punto di fatto, è necessario osservare che, nel verbale della prima seduta pubblica del 29 marzo 2012, è stato dato atto che l'offerta di Manutencoop era in un contenitore ligneo della *“forma di un armadio con due ante...chiusa a chiave.... Nella parte frontale dell'anta di destra è applicata un' etichetta formato A4 indicante le imprese componenti il costituendo raggruppamento, la procedura di gara ... nonché sui quattro angoli è riportato il timbro e la firma delle imprese che formeranno il raggruppamento stesso. Il contenitore risulta essere sigillato nel lato superiore ed inferiore delle ante e nella parte centrale, ove le stesse si chiudono, con un nastro adesivo plastificato rosso semitrasparente posto longitudinalmente alle aperture ...”* ecc.

Nonostante una rappresentante di PVB presente alla seduta abbia immediatamente contestato che il nastro adesivo non avrebbe garantito la chiusura del contenitore mediante sigillatura con controfirma, il seggio di gara non ha accettato la contestazione, sul rilievo che la normativa di gara non prevedeva la pena dell'esclusione per il mancato rispetto delle modalità di confezionamento e che, in ogni caso, l'armadio - che era stato fotografato al momento della consegna e custodito in stanza chiusa a chiave - si trovava *“nel medesimo stato di fatto in cui si presentava al momento in cui è stata acquisita la documentazione fotografica allegata”* al verbale stesso.

2c. Pertanto, la ricorrente incidentale contesta nuovamente e ulteriormente le modalità di chiusura dell'armadio/plico, all'evidenza mancante di *“sigillatura”* e di *“controfirma sui lembi di chiusura”*, per cui,

in base ai paragrafi 7.3 e 5.1. del disciplinare, l'offerta di Manutencoop avrebbe dovuto essere esclusa per incertezza assoluta sul suo contenuto e sulla sua provenienza.

2d. Osserva il Collegio che tale argomentare è frutto di una lettura non corretta delle disposizioni di gara.

Infatti, il disciplinare prevedeva:

- al paragrafo 2.3 (pagg. 11 e 12), che il plico dovesse essere sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura da persona abilitata ad impegnare il contraente nonché le *“cause di esclusione specificamente inerenti il plico”*, così indicate: *“mancato adempimento alle prescrizioni previste dalla normativa, incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, non integrità del plico... o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi”*, tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte;

- al paragrafo 5.1 (pag. 24), che la Stazione appaltante avrebbe potuto procedere all'esclusione solo nei casi indicati dall'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, e quindi (per quanto qui interessa), per *“incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta”* o *“incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta”*;

- al paragrafo 7.3 (pag. 42 e 43), che *“a pena di esclusione ai sensi dell'46, comma 1 bis, del codice, il piego esterno ... deve essere opportunamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura”*.

2e. Ebbene, alcuna disposizione prevedeva l'esclusione automatica del concorrente nel caso in cui il relativo plico fosse stato presentato non integralmente sigillato secondo le modalità prescritte nella legge di gara.

All'opposto, statuendo che l'esclusione del concorrente avrebbe potuto essere disposta "ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti", la disciplina di gara ha fatto applicazione del "criterio d'impronta sostanzialistica" nella configurazione delle cause di esclusione dalla gara, connesse, tra l'altro, all'irregolare chiusura dei plichi contenenti le offerte e le domande di partecipazione (cfr., C.d.S., sez. VI, 21.1.2013, n. 319).

A ciò si aggiunga, più in generale, che la giurisprudenza amministrativa ha da tempo affermato che ogni clausola della lex specialis di gara volta all'esclusione dei concorrenti, anche quelle contenenti una comminatoria di esclusione c.d. "secca", non può essere applicata meccanicisticamente ma deve essere valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare. Da ciò consegue che, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, deve sempre essere accordata la preferenza al favor participationis (cfr., in termini, T.R.G.A. Trento, 18.4.2012, n. 121; 13.10.2011, n. 254; C.d.S., sez. VI, 21.1.2013, n. 319; sez. III, 1.2.2012, n. 493; sez. III, 12.5.2011, n. 2851; sez. V, 12.7.2010, n. 4478).

Il *modus procedendi* del seggio di gara, quale risultante dal verbale del 29 marzo 2012, si sottrae pertanto alle censure della ricorrente incidentale, tenuto oltremodo conto delle incontestate circostanze in fatto, e cioè che non solo non era stata rilevata alcuna manomissione della sigillatura con il nastro adesivo plastificato del contenitore/plico ma anche che lo stesso si trovava nello stesso stato in cui era stato

consegnato alla Stazione appaltante, come da documentazione fotografica predisposta dalla Stazione appaltante.

3a. In via subordinata, PVB ha denunciato l'illegittimità del disciplinare di gara nella parte in cui ha riservato al Presidente di gara, e non alla commissione (violando così il principio di collegialità), la valutazione dello stato del plico e delle "*circostanze concrete*" cui era subordinata l'esclusione del concorrente.

3b. Anche questa censura è infondata.

La procedura di gara, infatti, è stata gestita non da una commissione ma da un seggio di gara, composto dal Presidente e da testimoni (scelti tra i dipendenti della Stazione appaltante), così come previsto dalla l.p. 19.7.1990, n. 23, e del D.P.G.P. 22.5.1991, n. 10-40/Leg., disciplina inerente "*i profili di organizzazione amministrativa*" in materia di appalti pubblici, per i quali è competente a disporre la Provincia di Trento (da ultimo, in termini, vedasi anche C.d.S., sez. V, 14.6.2013, n. 3316).

3c. Vale ricordare, sempre al riguardo della competenza in materia di organizzazione delle procedure di gara, che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni dei commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84 nella parte in cui non prevedono che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale (cfr., sentenze Corte Cost. 23.11.2007, n. 401; 12.2.2010, n. 45; 11.2.2011, n. 43).

4a. Con il secondo motivo la ricorrente incidentale denuncia la sussistenza di un'altra causa di esclusione delle imprese ricorrenti

principali e, quindi, la violazione da parte della Stazione appaltante del paragrafo 5.3 del disciplinare di gara. In sostanza, l'autodichiarazione del sottoscrittore della fideiussione presentata da Manutencoop non era corredata dalla fotocopia del documento di identità, come richiesto dalla disciplina di gara e dal combinato disposto degli artt. 47 e 38 del D.P.R. n.445 del 2000. L'obbligo di depositare anche la copia del documento di identità del sottoscrittore è pertanto prescritto dalla legge, per cui nella vicenda di causa dovrebbe trovare applicazione la disposizione del disciplinare che sanzionava con l'esclusione il mancato adempimento di prescrizioni previste da disposizioni di legge vigenti.

4b. Anche tale argomentazione consegue ad una lettura formalistica e parziale della disciplina di gara.

Invero, il paragrafo 5.3 del disciplinare, pertinente il deposito cauzionale, aveva stabilito che avrebbe comportato l'esclusione automatica del concorrente la ricorrenza delle seguenti tre eventualità:

- la mancata prestazione della garanzia in originale;
- la mancanza della clausola relativa all'impegno a rilasciare la cauzione definitiva;
- la produzione della cauzione per un importo inferiore a quello richiesto.

Il periodo successivo precisava che *“l'eventuale inosservanza di tutte le altre modalità di redazione comporta invece l'obbligo di regolarizzazione”*, la quale, a pena di esclusione, avrebbe dovuto essere effettuata entro il termine assegnato dalla Stazione appaltante (cfr., pag. 37 del

disciplinare).

4c. Manutencoop ha dunque presentato la cauzione in originale, con importo corretto e riportante le clausole prescritte. Il soggetto sottoscrittore ha però omesso di allegare copia del suo documento identificativo.

Nella prima seduta di gara il Presidente, accertata tale omissione, ha disposto la sua regolarizzazione chiedendo alle concorrenti, a mezzo fax, la produzione della copia del documento mancante (cfr., pag. 7 del verbale del 29.3.2012).

4d. Pertanto, posto che la legge di gara aveva previsto la pena dell'esclusione solo per le tre sopra indicate e specifiche evenienze, mentre al contempo aveva stabilito un'espressa e generale prescrizione di regolarizzazione per tutte le mancanze diverse da quelle indicate a pena di esclusione, è legittimo l'operato della Stazione appaltante che non ha disposto l'esclusione di Manutencoop.

4e. Soggiunge in proposito il Collegio che il rimedio della regolarizzazione documentale, di cui all'art. 46, comma 1, del codice del contratti, deve sempre trovare applicazione quando la documentazione presentata da un concorrente sia carente di elementi formali mentre sussistono elementi certi circa il possesso dei requisiti richiesti. In tali casi, infatti, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo tale attività acquisitiva un ordinario *modus procedendi* ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma.

5. Il ricorso incidentale, perciò, deve essere conclusivamente respinto.

Il Collegio può pertanto esaminare le censure mosse con l'atto introduttivo del giudizio.

6a. Il primo motivo è dedicato a contestare il procedimento posto in essere per la valutazione dell'anomalia dell'offerta nonché la sua conclusione favorevole al raggruppamento PVB.

Segnatamente, a detta delle ricorrenti, l'istruttoria si sarebbe svolta in maniera superficiale producendo un risultato insufficiente e lacunoso, tenuto conto che quasi tutti i prezzi offerti da PVB si presentavano al di sotto della c.d. "*ultima soglia*" come individuata dalla Stazione appaltante, oltre la quale diventava "*difficilmente giustificabile ed accettabile il ribasso offerto*" e sarebbe stato cogente giustificare ogni voce delle componenti il corrispettivo.

6b. Per il compiuto esame del motivo occorre dare contezza della particolare disciplina di gara contenuta nell'allegato n. 11 del capitolato d'appalto, sui "*criteri di valutazione delle offerte per verificare eventuali anomalie*".

Con tale documento la Stazione appaltante aveva:

- ricordato che le componenti del corrispettivo erano così composte:

----- QS1, QS2, QS3 E QS4, servizio energia rispettivamente per metano, gasolio, gpl e teleriscaldamento;

----- Q2, quota manutenzione ordinaria e correttiva a guasto, telecontrollo e telegestione, misurazione energia, sistema informativo, anagrafe tecnica;

----- Q3CE e Q3DE, certificazioni e diagnosi energetiche;

- Q4, riqualificazione tecnologica e funzionale, adeguamento normativo e riqualificazione energetica;
- Q7, lettura e registrazione annuale consumo energia termica delle singole unità immobiliari;
- QSCE, climatizzazione estiva;
- predefinito la percentuale di incidenza dei vari elementi (manodopera, energia e materiale a piè d'opera, noleggi, trasporti, spese generali e utile d'impresa) che concorrevano a determinare il prezzo di ciascuna componente il corrispettivo;
- individuato una *“percentuale di prima soglia”* di ribasso, che rappresentava il valore limite sotto al quale era indispensabile *“produrre unavalida e documentata giustificazione”*;
- definito una seconda soglia di ribasso (c.d. *“percentuale ultima soglia”*), che rappresentava il valore limite sotto il quale, anche in presenza di una completa e documentata giustificazione, diventa *“difficilmente giustificabile e quindi accettabile il ribasso offerto dal concorrente”*.

Era onere dei concorrenti compilare, unitamente all'offerta, ciascuna tabella di analisi del prezzo indicando la percentuale di incidenza del relativo elemento al fine di pre-giustificare il ribasso offerto.

6c. Orbene, PVB ha presentato la propria offerta unitamente alle indicate tabelle di analisi del prezzo dichiarando numerose percentuali che si collocavano al di sotto della c.d. *“percentuale ultima soglia”* (doc. n. 14 e n. 15 in atti delle ricorrenti).

Come già detto in fatto, tale offerta, in applicazione dei criteri di cui all'art. 86 del codice dei contratti, è risultata anomala, per cui con nota

del 3 agosto 2012 la Stazione appaltante ha chiesto la presentazione delle giustificazioni, che PVB ha depositato il 3 settembre successivo. Con note del 19 settembre e del 15 ottobre 2012 Itea ha chiesto ulteriori giustificazioni circa le condizioni di approvvigionamento dei combustibili, compresi i contratti di fornitura.

Nella relazione finale sulla verifica di anomalia si è dato che:

- PVB ha quattro sedi e cinque presidi distribuiti in modo strategico sull'area geografica interessata;
- i corrispettivi QS per l'acquisto di energia (pari all'82,74% dell'importo medio annuale d'appalto) risultavano congrui considerata la "*consistente scontistica*" ottenuta da Trenta S.p.a. per il metano, da gruppi petroliferi fornitori (fra cui ENI S.p.a. per il gasolio) e da trasportatori per la fornitura di gasolio e di gpl, nonché dai gestori delle reti di teleriscaldamento per i comuni di Rovereto e di Riva del Garda;
- il corrispettivo Q3CE e Q3DE, certificazioni e diagnosi energetiche (pari al 3,64% dell'importo medio annuale d'appalto) risultava congruo alla luce del preventivo fornito da uno studio professionale e valevole per tutta la durata dell'appalto, che dimostrava l'esistenza di condizioni economiche favorevoli;
- la componente Q4, riqualificazione tecnologica e funzionale, adeguamento normativo e riqualificazione energetica, risultava congrua, visti gli accordi commerciali stipulati con i fornitori dei principali componenti utilizzati, e valevoli per tutta la durata dell'appalto, che confermavano il "*godimento di scontistica*", ossia

l'esistenza di condizioni di fornitura favorevoli;

- gli altri corrispettivi, quali quelli per le attività di manutenzione Q2 (pari al 5,77% dell'importo medio annuale d'appalto), Q7 (lettura annuale dei contabilizzatori, pari al 0,34%) e QSCE (climatizzazione estiva, pari al 0,08%), apparivano congrui tenuto conto della strutturazione territoriale del concorrente, della prevista attività di telecontrollo degli impianti in gestione e delle prassi aziendali.

6d. Come già evidenziato, in sede di esame cautelare il Tribunale ha ritenuto di disporre una verifica affinché fosse *“integrata l'istruttoria ...sulla congruità dell'offerta di PVB con riferimento alle voci di costo non riguardanti la fornitura di combustibili, di materiali e attrezzature nonché per le certificazioni e le diagnosi energetiche”*.

La relazione conclusiva, depositata dal verificatore, prof. Andreaus, il 25 marzo 2013, ha preso in esame i costi per la manodopera, per noleggi, trasporti e per spese generali, nonché l'incidenza dell'utile d'impresa, e conclude affermando che l'offerta di PVB *“evidenzia costi che trovano rispondenza negli effettivi costi aziendali, che il margine sulla commessa è in linea con la redditività effettiva di PVB e che l'offerta formulata è quindi complessivamente sostenibile dal punto di vista economico”*.

7a. Tuttavia, prima di esaminare detto elaborato e la contro relazione predisposta per Manutencoop dal prof. Angelo Paletta dell'Università di Bologna, occorre analizzare - e disattendere - le censure di difetto di contraddittorio rivolte dalla ricorrenti contro l'operato del verificatore, corroborate da recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, fra cui sez. IV, 8.3.2012, n. 1343.

7b. Il Collegio, al riguardo, rammenta anzitutto che la verifica si differenzia dalla consulenza tecnica d'ufficio per essere rivolta all'effettuazione di un accertamento tecnico, quale mezzo istruttorio del c.d sindacato debole del giudice amministrativo, con esclusione di qualsiasi autonomo giudizio tecnico (cfr., in termini, C.d.S., sez. IV, 20.9.2012, n. 5039).

7c. Tanto premesso, occorre rilevare che l'argomentare delle ricorrenti non è condivisibile in punto di fatto: innanzitutto, perché il verificatore si è attenuto alle indicazioni contenute nell'ordinanza istruttoria, fra cui quella di *“sentite le parti del giudizio, previa comunicazione, almeno cinque giorni prima, dell'avviso contenente il giorno e l'ora della riunione”*.

Tale adempimento è stato correttamente eseguito, posto che l'8 marzo 2013, presso la sede di Itea, le parti tutte si sono incontrate con il verificatore al fine di consentire ad ognuna l'esposizione argomentata della propria posizione.

Successivamente, sempre come imposto dalla stessa ordinanza, il verificatore ha acquisito sia presso Itea che presso la sede della Società PVB i dati e i documenti utili per redigere la sua relazione. Inoltre, i documenti ritenuti dal verificatore stesso necessari per attestare la situazione contabile di fatto da egli analizzata, sono stati allegati alla relazione conclusiva.

Dell'attività concernente lo studio e l'analisi della documentazione acquisita il verificatore ha dato atto sia nella stessa relazione conclusiva (ove ha specificato di aver verificato presso gli uffici di

PVB il sistema di controllo di gestione e il bilancio d'esercizio, di aver avuto colloqui con i responsabili del controllo di gestione di PVB, di aver esaminato i fogli di lavoro utilizzati nel sistema di controllo di gestione e incrociato tali dati con l'output del processo contabile a consuntivo, bilancio d'esercizio), sia nella nota depositata in Segreteria il 10 luglio 2013 al fine di dare conto della tempistica della sua attività.

7d. Ebbene, sempre in punto di fatto, non v'è chi non veda come, dato l'oggetto e la modalità della verifica (verifica contabile su documenti contabili), la sede in cui si è svolta parte dell'istruttoria (gli uffici della Stazione appaltante e della Società controinteressata) e la qualifica altamente specialistica del verificatore, il contraddittorio non poteva estendersi pedissequamente a tutte le operazioni di riscontro contabile di documenti, oltretutto nella sfera riservata di un imprenditore privato, dovendo invece limitarsi all'iniziale fase istruttoria e alla possibilità di contestare gli esiti delle operazioni, come in effetti accaduto tramite la contro-relazione dal tecnico di parte Manutencoop, prof. Paletta (cfr., C.d.S., sez. IV, 11.3.2013, n. 1464).

7e. Inoltre, quanto alla riservatezza in sede di accesso agli uffici della parte controinteressata, deve condividersi quanto esposto nella relativa memoria depositata il 28.6.2013, nella quale PVB asserisce di aver *“aperto i suoi conti e i suoi uffici”* all'ausiliario del Tribunale, ma che non avrebbe mai accettato che un'impresa concorrente accedesse alla sua documentazione interna.

8a. Tornando ora all'esame del primo motivo del ricorso, occorre anzitutto esaminare la sopra riportata particolarissima disciplina sulla verifica di anomalia, incentrata sui correlati e consequenziali concetti di *"ultima soglia"* e ribasso offerto *"difficilmente giustificabile ed accettabile"*, la cui esegesi letterale ma anche teleologica porta a concludere che, in presenza di detta eventualità, alla Stazione appaltante si imponeva un'istruttoria molto più rigorosa, approfondita ed esaustiva di quella usualmente posta in essere per la valutazione dell'anomalia. Un'istruttoria riguardante ognuna delle varie componenti del corrispettivo: costi per l'acquisto dell'energia, per la manodopera, per i trasporti, e così via.

Tuttavia e al contempo, ciò non comportava un'analisi dettagliata di ogni elemento per ciascun componente del corrispettivo, in quanto la verifica dell'anomalia deve sempre effettuarsi sulla base dei noti principi giurisprudenziali di *"valutazione complessiva, unitaria e sintetica"*, di non frammentarietà e analiticità, circa la serietà e l'affidabilità dell'intera proposta (cfr., in termini, C.d.S., sez. III, 8.10.2012, n. 5238; sez. VI, 7.9.2012, n. 4744; sez. V, 12.3.2012, n. 1369).

8b. In concreto e in sintesi, per l'esame dell'offerta PVB era necessario, da un lato, porre in essere un'istruttoria particolareggiata e documentata per ogni voce del corrispettivo senza, per altro lato, che fosse necessaria la scomposizione delle varie componenti del corrispettivo nei termini dettagliati nell'allegato n. 11.

Questo documento di gara, infatti, e a differenza di quanto ritenuto dalle ricorrenti, costituiva una griglia di *"segnalazione dell'anomalia"* nei

due diversi e progressivi stadi della prima e dell'ultima soglia (pagg. da 4 a 7), utile alla Stazione appaltante per prestabilire, anche a doverosa conoscenza dei concorrenti, l'approfondimento istruttorio necessario e che sarebbe stato loro richiesto. All'opposto, lo stesso documento non costituiva affatto una griglia da utilizzare anche in sede di valutazione dell'accertata anomalia, dovendo invece questa essere diretta nei confronti dell'offerta e delle sue componenti come indicato dalle successive pagg. da 8 a 15 dello stesso documento, ossia con riferimento al costo della manodopera, dei combustibili e dei materiali, dei noleggi e trasporti, delle spese generali e alla definizione dell'utile d'impresa.

8c. Ebbene, dalla disamina congiunta sia della relazione conclusiva del responsabile del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, sia della relazione del verificatore, emerge univocamente la congruenza e la sostenibilità dell'offerta aggiudicataria, con conseguente infondatezza del primo motivo.

Difatti, se, come si è già più sopra visto, l'analisi approfondita per le componenti dell'offerta QS1, QS2, QS3 e QS4 (acquisto dell'energia), Q3CE e Q3DE (certificazioni e diagnosi energetiche), nonché Q4 (riqualificazione tecnologica e funzionale) era stata eseguita dalla Stazione appaltante, anche richiedendo copia autentica della documentazione comprovante l'effettiva presenza della favorevole situazione di fatto dichiarata dal concorrente PVB (i prezzi sui contratti di fornitura, gli sconti sull'acquisto di materiale, ecc. ...), per le restanti componenti l'analisi è stata eseguita dal verificatore il quale,

in estrema sintesi, ha riscontrato che:

- quanto al costo della manodopera: che l'organizzazione del lavoro di PVB è basata su presidi territoriali e non su personale impiegato su specifiche commesse: in altri termini, il presidio territoriale in una determinata valle copre la commessa Itea ma anche altre attività presenti sul medesimo territorio; all'interno della commessa Itea il personale non è legato al singolo servizio che compone l'offerta complessiva perché lo stesso tecnico può lavorare indistintamente su impianti sia a metano che a gasolio; questo aspetto permette di ottenere, da parte di PVB, economie di scala nella gestione e, proprio per tale motivo, nel controllo di gestione la commessa Itea viene definita come un driver di imputazione unico senza procedere ad una suddivisione per ogni immobile o centrale; che all'offerta per Itea sono stati imputate n. 15.205 ore di manodopera (importo che trova corrispondenza nei dati desunti dal sistema di controllo di gestione e nel bilancio d'esercizio), per un costo orario di € 26,00 (maggiore sia dei dati pubblicati dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali che dei costi desunti dall'Associazione Nazionale Costruttori di Impianti);
- quanto ai costi di noleggi e trasporti: che essi sono calcolati nel costo del lavoro, maggiorato rispettivamente del 6,5% e del 3,5%, e che il criterio di imputazione è supportato dai dati storici;
- quanto al costo per spese generali: che il loro valore imputato nell'offerta è pari al 6% del totale della commessa e che la complessiva incidenza dei costi generali sull'offerta ITEA trova

rispondenza nei costi evidenziati nei bilanci consuntivi di PVB;

- quanto all'utile d'impresa: che il margine complessivo sulla commessa Itea risulta pari all'1,5%; tale valore risulta in linea con i dati di bilancio al 30.06.2011 di PVB; il risultato di gestione prima delle imposte ed al netto della gestione straordinaria, risulta in percentuale pari all'1,02% sul totale del valore della produzione.

In conclusione, il prof. Andreaus ha riferito di *“ritenere verificata la corrispondenza tra i costi complessivamente indicati nell'offerta Itea e l'effettivo andamento dei costi di PVB per quanto riguarda le voci oggetto della verifica”* e che *“i valori riportati trovano conferma nella contabilità e nel sistema di controllo di gestione di PVB”* e, quindi, di ritenere che *“sussistano i presupposti della sostenibilità economica”* della relativa offerta.

8d. Non giova alle ricorrenti sostenere, con l'ausilio della relazione predisposta dal prof. Paletta, che il controllo di gestione di PVB presenterebbe carenze strutturali che impedirebbero la programmazione rigorosa delle risorse economiche assorbite dalla commessa, analiticamente distinte per immobile e per i diversi servizi oggetto dell'appalto, nonché che PVB non sarebbe in grado di avere, e dunque di fornire, conoscenza documentata del costo del servizio per immobile/centro di consumo e del costo della manodopera distinto per tipologia di combustibile erogato (particolarmente inaffidabile quanto agli edifici con caldaie a gasolio, tenuto conto delle prestazioni richieste dai documenti di gara e dalla normativa specifica).

Anche queste ulteriori argomentazioni conseguono ad una lettura

errata della disciplina di gara: il documento allegato n. 11 al capitolato costituiva non una componente dell'offerta economica bensì una griglia di segnalazione degli stadi dell'anomalia; esso non richiedeva nemmeno che la conseguente presentazione di giustificazioni e di chiarimenti dovesse esplicitarsi rispettando quel formato: anzi, lo stesso documento indica, nelle pagine seguenti, che oggetto della verifica di anomalia sarebbe stata la voce complessiva "*manodopera*" e non che la stessa dovesse essere suddivisa distinguendo i costi della manodopera richiesta per il servizio metano rispetto ai costi di quella necessaria per il servizio gasolio.

Pertanto, quanto alle conclusioni del tecnico di parte, occorre rilevare che è metodologicamente erroneo estrapolare e valutare isolatamente il solo monte orario asseritamente necessario per il servizio gasolio (a parte restando che tale servizio è destinato ad essere progressivamente riqualificato con centrali a metano o con il teleriscaldamento), così come è sbagliato analizzare le schede tecniche per singolo centro di consumo (ed affermare che tali analisi non sarebbe stata effettuata né dalla Stazione appaltante né dal verificatore), posto che tale indagine non era richiesta dalla normativa di gara.

Come già detto, per la manodopera, utilizzata indistintamente per i vari interventi correlati alle voci di corrispettivo QS1, QS2, QS3 e QS4 ed anche per quelli corrispondenti alla voce di corrispettivo Q2, PVB ha offerto 15.205 ore di lavoro le quali, divise per i 669 centri di consumo (ossia per il numero delle caldaie e non per il numero degli

appartamenti, come proporrebbe Manutencoop) danno un valore (poco meno di 23 ore annue per caldaia), che appare non irrazionale tenuto conto dell'articolata dislocazione territoriale dei centri di assistenza di PVB.

9. Sulla base di queste argomentazioni il primo mezzo di ricorso deve essere pertanto respinto.

10. Parimenti infondato è il secondo motivo, con il quale le ricorrenti hanno dedotto la violazione da parte della commissione tecnica di indicate prescrizioni obbligatorie del capitolato, la cui osservanza avrebbe dovuto condurre all'esclusione del raggruppamento PVB o, in ogni caso, all'attribuzione al medesimo di un punteggio minore e, per converso, all'assegnazione di un punteggio maggiore all'offerta delle ricorrenti che, conseguentemente, si collocherebbe al primo posto della graduatoria.

Al riguardo, si osserva che:

A1) con riferimento agli 11 progetti tecnici tipo vincolanti, di riqualificazione tecnologica e funzionale, di cui alla lett. f) del punto 3.3.2.2 dell'allegato n. 9 al capitolato: la commissione tecnica ha valutato singolarmente ogni progetto, così come prescritto dal bando di gara, decurtando un punto per i progetti (in 10 casi su 11 per Manutencoop e in 7 casi su 11 per PVB) in cui sono stati rilevati errori tecnici, quali la previsione di un bollitore in acciaio inox nel progetto e in acciaio zincato nel computo metrico, oppure di bollitori con due serpentine in progetto e con un solo serpentino nel computo (cfr., verbali da n. 7 a n. 10 della commissione tecnica); all'evidenza, la

commissione ha operato con criteri omogenei penalizzando i progetti che prevedevano nel computo metrico apparecchiature diverse, per caratteristiche e per costi, da quelle evidenziate nei progetti tipo;

A2) con riferimento alle 258 nuove voci presentata dall'offerta PVB alle quali non sarebbe stata applicata la disposizione di pag. 151 del capitolato, in base alla quale *“l'uso non giustificato di nuovi prezzi sarà elemento di valutazione negativa”*: tale disposizione deve essere letta in combinato disposto con il paragrafo 13.4 dello stesso capitolato che prescriveva soluzioni avanzate per gli interventi di riqualificazione energetica; numerosi dei nuovi prezzi proposti da PVB è correlata alla presentazione di apparecchi con l'indicazione specifica di marca e modello o per l'utilizzo di strumentazioni (ad esempio per il sistema di telecontrollo) non previste nel prezzario di riferimento; in altre occasioni (per esempio, per gli allacciamenti idraulici e per le coibentazioni delle centrali termiche) l'indicazione di un nuovo prezzo è conseguita all'indicazione di lavorazioni a corpo; in definitiva, ogni nuovo prezzo ha trovato una specifica giustificazione e, comunque, non ha intaccato la qualità complessiva dell'offerta;

A3) con riferimento a carenze denunciate da Manutencoop nei progetti tecnici tipo vincolanti per la riqualificazione tecnologica e funzionale proposti da PVB: trattasi, all'evidenza, di operazioni tipiche della conduzione dell'impianto (ad esempio, la mancata indicazione dell'intervento di svuotamento e pulizia dell'acqua o della posizione di filtri per l'acqua dell'acquedotto), per cui i relativi oneri e prescrizioni non attengono alle peculiari attività di riqualificazione ma

sono compresi in quelle di conduzione dello stesso impianto;

B) con riferimento all'asserita insufficienza delle risorse umane di PVB è già stato appurato - anche tramite la verifica - che il monte orario di 15.205 ore offerto dall'aggiudicatario non configura alcuna irragionevole sottostima rispetto ai 669 centri di consumo;

C) con riferimento alla presentazione da parte di PVB di una diagnosi energetica non completa e non adatta alle caratteristiche di due edifici situati nel Comune di Nomi: nel verbale n. 11, del 16.7.2012, si legge che quella diagnosi era mancante della quantificazione dei benefici derivanti dagli interventi di miglioramento di efficienza energetica e che era stata predisposta per i due edifici e non per le 6 unità abitative, come richiesto; ebbene, per questa parte l'offerta PVB è stata penalizzata con la decurtazione di 2 punti rispetto agli 8 teoricamente conseguibili e ricevuti dalle ricorrenti; non pertinente appare, poi, il confronto con la differente valutazione ricevuta da Manutencoop per un elemento diverso, precisamente riferito ai *“sistemi di misurazione dell'energia termica”*, per i quali essa ha ricevuto zero punti (su 4) non avendo indicato *“le caratteristiche tecniche degli apparecchi proposti, né le marche e i modelli delle sonde, computer e misuratori di portata”*;

D) con riferimento alla mancata redazione da parte di PVB della scheda tecnica di cui al punto 3.3.2.2 dell'allegato n. 9 al capitolato anche per gli 11 progetti tecnici tipo vincolanti di riqualificazione tecnologica e funzionale, come sarebbe stato prescritto con il chiarimento al quesito n. 3: si deve in proposito osservare che

un'eventuale cancellazione anche di tutti i 7,5 punti ricevuti dall'aggiudicataria non supererebbe la c.d. "*prova di resistenza*" in quanto, a causa del maggiore punteggio ottenuto da PVB per la parte economica dell'offerta, il raggruppamento Manutencoop non conseguirebbe comunque l'aggiudicazione.

11. Anche il secondo mezzo di ricorso deve essere pertanto respinto.

12. Con l'ultimo motivo le ricorrenti denunciano la violazione degli artt. 10 e 88 del codice dei contratti, e dell'art. 121 del suo regolamento di esecuzione, rilevando l'incompetenza del soggetto preposto al sub-procedimento di verifica dell'anomalia, individuato nel responsabile dell'esecuzione del contratto anziché nel responsabile del procedimento (si richiama, sul punto, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 36 del 2012).

Il motivo è infondato alla luce di quanto chiaramente prescritto dall'art. 9 del disciplinare di gara, ove era stato testualmente previsto che, in caso di offerte anormalmente basse, la gara sarebbe stata sospesa e che gli atti sarebbero stati trasmessi al "*responsabile del procedimento della struttura competente all'esecuzione dei lavori*" per il sub-procedimento di competenza. Come ha chiarito la Stazione appaltante, nell'organizzazione interna di Itea non esiste la figura del responsabile unico del procedimento, essendo le relative competenze suddivise tra il responsabile del procedimento amministrativo e il responsabile del procedimento tecnico, ossia un soggetto preparato professionalmente anche ad eseguire la verifica di anomalia di un'offerta.

Ne deriva che la preposizione al sub-procedimento di verifica anomalia del Dirigente il settore gestione del patrimonio è stato frutto non di una scelta estemporanea del Responsabile la procedura di gara, bensì della puntuale ottemperanza di una prescrizione dell'inoppugnato disciplinare di gara.

Inoltre, *ad abundantiam*, il Collegio osserva che, come già ricordato in occasione dell'esame della seconda parte del primo motivo del ricorso incidentale (vedasi sopra i punti 3b. e 3c.), le disposizioni normative nazionali invocate dalle ricorrenti non trovano diretta applicazione nell'ordinamento della Provincia di Trento.

13. In conclusione, alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso principale deve essere respinto.

All'infondatezza dei motivi di ricorso consegue l'inaccoglibilità della domanda di risarcimento dei danni.

14. Le spese di lite possono invece rimanere compensate sia nei confronti della Stazione appaltante, stante la complessità dei temi trattati e la rilevata parziale omissione istruttoria colmata con la verifica, sia nei confronti della Società controinteressata PVB per l'infondatezza del suo ricorso incidentale.

15. Quanto alle spese della verifica, il Collegio - vista la puntuale relazione depositata - liquida il relativo compenso in base al regolamento approvato con d.m. 20.7.2012, n. 140, sui parametri per la liquidazione giudiziale dei compensi per le professioni regolamentate, applicabile anche ai dipendenti pubblici nominati ausiliari del giudice amministrativo (cfr., C.d.S., decreto coll.

31.10.2012, n. 5547).

Poiché il verificatore, professore universitario ordinario di economia aziendale, ha quantificato solamente le ore che sono state necessarie per l'esame e lo studio delle documentazioni, l'incontro con le parti e per la stesura della relazione, devono trovare applicazione le disposizioni di cui agli artt. 17 e 21 del citato d.m., sul compenso per le valutazioni, perizie e pareri contabili, che deve essere liquidato in base al valore e alla natura della pratica nonché tenendo conto della sua complessità. Sulla base di questi parametri, in definitiva, trattandosi di una prestazione volta alla verifica di una sola parte dell'offerta, percentualmente contenuta rispetto al valore complessivo del servizio posto in gara, deve essere liquidata la complessiva somma di € 13.000,00 (tredicimila).

La relativa spesa è posta, in solido, a carico delle soccombenti Società ricorrenti per la quota di due terzi e per la quota di un terzo a carico di I.T.E.A. S.p.a.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 337 del 2012,

- quanto al ricorso incidentale, lo respinge;
- quanto al ricorso principale, lo respinge.

Compensa le spese di giudizio.

Condanna le Società ricorrenti (per la quota di due terzi) e I.T.E.A. S.p.a. (per la quota di un terzo), in solido fra loro, al pagamento del

compenso al verificatore, prof. Michele Andreaus, che liquida in complessivi € 13.000,00 (tredicimila), oltre accessori tributari, previdenziali o di altra natura, se dovuti.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/07/2013

IL SEGRETARIO

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