

N. 05377/2014REG.PROV.COLL.
N. 02115/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2115 del 2013, proposto dalla s.r.l. Euro Mec, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con Atzwanger S.p.A. - CEIF Società Cooperativa - Edil Strade Imolese C.E.S.I. Società Cooperativa, rappresentata e difesa dagli avvocati Gualtiero Pittalis e Giacomo Matteoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

H.E.R.A. S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Aristide Police in Roma, piazza Adriana, n. 20;

nei confronti di

Degrémont S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con Edil Alta s.r.l. - Siemens S.p.A. - Costruzioni Elettromeccaniche Industriali C.E.M.I. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Danilo Tassan Mazzocco, Luigi Manzi e Giorgio Lezzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;
Acciona Agua S.A.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZIONE II, n. 49/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento della progettazione esecutiva, della realizzazione e della messa in esercizio delle opere per il potenziamento dell'impianto di depurazione delle acque reflue di San Giustina di Rimini – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di H.E.R.A. S.p.A.;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale di Degrémont S.p.A. nella qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Gabriele Pafundi, su delega dell'avvocato

Gualtiero Pittalis, l'avvocato Aristide Police, su delega dell'avvocato Alessandro Lolli, l'avvocato Danilo Tassan Mazzocco e l'avvocato Andrea Reggio d'Acì, su delega dell'avvocato Luigi Manzi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Oggetto del procedimento é la procedura negoziata indetta con bando dell'11 maggio 2011 ai sensi dell'art. 220 del d. lgs. n. 163 del 2006 da H.E.R.A. S.p.A. (d'ora innanzi Hera) per l'aggiudicazione dell'appalto per la progettazione esecutiva, realizzazione e messa in esercizio delle opere per il potenziamento dell'impianto di depurazione delle acque reflue di S. Giustina di Rimini.

L'importo a base di gara era fissato in euro 22.247.000,00; quale criterio di aggiudicazione era stabilito quello dell'offerta economicamente piú vantaggiosa con attribuzione di 60 punti al prezzo e 40 punti all'offerta tecnica cosí suddivisi:

a) massimo punti 15 al valore tecnico della sezione di filtrazione e membrane (MBR), suddiviso in 4 subcriteri (punti 2 per la completezza e qualità della documentazione allegata per illustrare le soluzioni tecniche proposte; punti 5 per l'adeguatezza delle soluzioni tecnologiche previste, per il conseguimento degli obiettivi di depurazione, sia per assicurare la flessibilità della conduzione e manutenzione dell'impianto; punti 4 per caratteristiche tecniche costruttive e qualitative per le opere elettromeccaniche, elettriche e di automazione; punti 4 per sistemazione impiantistica e spazi per la

- realizzazione e manutenzione, condizioni operative e di sicurezza);
- b) massimo punti 10 al consumo complessivo di energia giornaliero;
- c) massimo punti 5 al tempo di ultimazione dei lavori;
- d) massimo punti 10 al tempo di ultimazione dei lavori.

Riguardo all'offerta tecnica, la lettera di invito stabiliva che *“l'offerta tecnica dovrà garantire – a pena di esclusione – il pieno rispetto del progetto definitivo posto a base di gara.*

Le uniche sezioni d'impianto per le quali sono ammesse modifiche sono quelle relative al sistema sezione di filtrazione e membrane (Membrane Bio Reactor o MBR) e ai suoi servizi accessori (identificati con i riferimenti 5D e 36 sulle planimetrie di progetto) in modo da consentire l'adeguamento in base alla tecnologia utilizzata”.

L'offerta avrebbe dovuto essere presentata tramite l'utilizzo del portale e - Procurement del Gruppo Hera, trattandosi di gara telematica.

1.1- Quanto alle modalità di svolgimento della gara, la lettera di invito stabiliva che:

- a) l'apertura delle offerte sarebbe avvenuta in seduta segreta;
- b) una volta stilata la graduatoria, Hera si riservava di procedere alla fase di negoziazione anche con un numero ristretto di imprese selezionate;
- c) all'aggiudicazione si sarebbe proceduto a seguito della redazione finale della graduatoria all'esito dell'eventuale negoziazione in favore dell'impresa che avesse ottenuto il punteggio complessivo più alto.

1.2- Alla gara venivano invitate quattro imprese, ma presentavano

offerta solamente i seguenti raggruppamenti:

1) Euro Mec s.r.l., in raggruppamento temporaneo con Atzwanger S.p.A. - CEIF Società Cooperativa - Edil Strade Imolese C.E.S.I. Società Cooperativa;

2) Degrémont S.p.A., in raggruppamento temporaneo con Edil Alta s.r.l. - Siemens S.p.A. - Costruzioni Elettromeccaniche Industriali C.E.M.I. s.r.l.;

3) Acciona Agua S.A..

1.3- All'esito della gara risultava primo in graduatoria il raggruppamento con capogruppo Degrémont che riportava il punteggio complessivo di punti 97,62 (60 per il prezzo e 37,62 per l'offerta tecnica); secondo graduato il raggruppamento con capogruppo Euro Mec con punti 92,50 (59,25 per l'offerta economica e 33,25 per l'offerta tecnica); terza graduata Acciona Agua S.A. con complessivi punti 91,67.

Dopo l'esame dell'analisi giustificativa dell'offerta di Degrémont, ritenuta congrua dalla commissione di gara, con atto del 28 marzo 2012, l'appalto veniva aggiudicato al raggruppamento con capogruppo Degrémont S.p.A..

2.- Giudizio di primo grado.

2.1- Il raggruppamento con mandataria Euro Mec, con ricorso al TAR per l'Emilia Romagna, iscritto al n. 457 del 2012, impugnava l'aggiudicazione e gli atti della procedura di gara, chiedendone l'annullamento e il subentro nel contratto previa declaratoria di inefficacia e in via subordinata il risarcimento dei danni.

Il ricorso era affidato ai seguenti motivi:

1) omessa esclusione dell'offerta Degrémont per violazione della lettera di invito, in quanto:

a) avrebbe offerto compressori di potenza inferiore a quella prescritta a pena di esclusione dal progetto base;

b) il verbale di sopralluogo sarebbe privo della sottoscrizione della stazione appaltante;

c) non avrebbe allegato all'offerta i contratti di avvalimento;

2) illogicità e contraddittorietà del punteggio assegnato per il criterio 2, con illegittima riparametrazione dell'offerta;

3) difetto assoluto di motivazione e violazione degli articoli 86 e segg. del d. lgs. n. 163 del 2006 in ordine al giudizio di congruità dell'offerta Degrémont;

5) violazione delle norme sul procedimento delle gare ad evidenza pubblica sotto due profili:

a) violazione del principio di pubblicità, in quanto l'apertura delle buste si sarebbe svolta in seduta riservata;

b) violazione della continuità delle operazioni, essendosi protratto l'esame delle offerte tecniche per due sedute distanti tra loro più di tre giorni senza che fossero verbalizzate le operazioni e le cautele di custodia dei plichi.

2.2- Degrémont chiedeva il rigetto del ricorso e proponeva ricorso incidentale per l'esclusione di Euro Mec, per i seguenti motivi:

a) violazione del bando di gara con riferimento alle condizioni di partecipazione e violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, non

essendo stata presentata la dichiarazione di assenza del pregiudizio penale da parte dell'ingegnere Pascal Lefevre che avrebbe sostituito l'ingegnere Galante Francesco nell'ambito delle cariche sociali della Sogreah Consultans S.a.S. – società mandante dello Studio associato SGI (costituito da Studio Galli Ingegneria – capogruppo, Sogreah Consultans S.a.S. e Contec s.r.l.) soggetto ausiliario di Euro Mec per la progettazione;

b) violazione e falsa applicazione della lettera di invito, con riferimento alla formulazione dell'offerta tecnica che avrebbe dislocato l'edificio cabina elettrica e gli impianti elettrici in modo sostanzialmente diverso da quanto contemplato nel progetto a base di gara.

2.3- Con la sentenza n. 49 del 24 gennaio 2013, il TAR Emilia Romagna respingeva il ricorso di Euro Mec e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale di Degrémont, di cui ciononostante esaminava nel merito le censure dichiarandole infondate.

3.- Giudizio di appello.

3.1- Euro Mec S.p.A., nella qualità in atti, ha impugnato la suddetta sentenza, assumendone l'erroneità per tutti i motivi dedotti in primo grado e riproposti in veste critica.

3.2- Degrémont ha proposto appello incidentale per la riforma della sentenza del TAR, nella parte in cui ha ravvisato l'improcedibilità del ricorso incidentale da essa proposto per l'esclusione dalla gara di Euro Mec, assumendo che il ricorso incidentale, laddove contesta, come nel

caso, la legittimazione al ricorso del ricorrente principale deve essere esaminato prioritariamente, sicché, con decisione processualmente scorretta, la sentenza impugnata avrebbe esaminato per primo il ricorso principale con la conseguenza che l'esame delle censure del ricorso incidentale, pure esaminate in sentenza, sarebbe stato condizionato dall'asserita carenza di interesse, essendo state respinte sulla base di argomentazioni stereotipate e carenti sotto il profilo motivazionale.

L'appellante incidentale Dregrémont chiede in conseguenza l'accoglimento dell'appello incidentale e ripropone in veste critica le censure dedotte in primo grado con il ricorso incidentale.

3.3- HERA S.p.A., costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto dell'appello principale e ha contestato la produzione per la prima volta in appello della perizia tecnica da parte di Euro Mec e la novità delle prospettazioni in essa contenute, volte a mutare sostanzialmente la *causa petendi* incentrata su dati cartografici e non funzionali, assumendo che in appello sarebbe stato mutato il tipo di argomentazioni sulle quali né il primo giudice né l'amministrazione sarebbero stati messi in grado di interloquire.

3.4- Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 24 giugno 2014, il giudizio è stato trattenuto per la decisione.

4.-Va esaminato in via prioritaria l'appello incidentale, atteso che pone censure la cui eventuale fondatezza inciderebbe sulla legittimazione e sull'interesse ad agire dell'appellante principale.

Infatti, secondo la regola dettata dall'Adunanza plenaria n. 9 del 2014 e già prima dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, nei giudizi aventi ad oggetto procedure di gara, va esaminato in via prioritaria il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario.

4.1- Assume l'appellante incidentale che l'offerta Euro Mec sarebbe carente della dichiarazione di assenza del pregiudizio penale da parte dell'ingegnere Pascal Lefevre che avrebbe sostituito l'ingegnere Galante Francesco nell'ambito delle cariche sociali della Sogreah Consultans S.a.S. – società mandante dello Studio associato SGI (costituito da Studio Galli Ingegneria – capogruppo, Sogreah Consultans S.a.S. e Contec s.r.l.) soggetto ausiliario di Euro Mec per la progettazione.

Assume, all'uopo, che:

il bando di gara prescriveva al punto III.2 (Condizioni di partecipazione) e al paragrafo III.2.1 (Situazione personale degli operatori, inclusi i requisiti relativi all'iscrizione nell'Albo Professionale o nel Registro commerciale) che i concorrenti erano tenuti a rendere tra le altre, una c) *dichiarazione dalla quale risulti l'insussistenza delle cause di esclusione di cui alle lettere b), c) e m ter dell'art. 38, comma 1, del D. Lgs. n. 163/06 che dovrà essere resa dai direttori tecnici dell'impresa...*”;

che tale prescrizione era da intendersi estesa anche ai progettisti esterni di cui l'impresa partecipante avrebbe potuto avvalersi ove fosse stata carente dei requisiti prescritti per la progettazione;

che, essendosi Euro Mec avvalsa dello studio associato GGI per la progettazione, era tenuta, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. c), del d. lgs. n. 163 del 2006, ad allegare all'offerta *“una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti di cui all'art. 38...”*;

che nel caso di appalto integrato di progettazione esecutiva e di esecuzione, gli obblighi di cui all'art. 38 sussistono anche in relazione alla società di progettazione incaricata dell'attività di progettazione, come affermato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 178; V, 15 novembre 2012, n. 5780);

che l'ingegnere Pascal Lefevre, che sostituiva, come da dichiarazione della Sogreah, l'ingegnere Francesco Galante per lo meno nella funzione di “responsabile della progettazione delle opere idrauliche”, non aveva reso la dichiarazione ex art. 38, così dando luogo alla violazione del bando sanzionata con l'esclusione dalla gara.

La censura è infondata in fatto, atteso che la dichiarazione dell'assenza di pregiudizio penale va resa ai sensi dell'art. 38 dai soggetti che rivestano la carica di amministratore munito di poteri rappresentativi o di direttore tecnico.

E' incontestato che l'ingegnere Lefebvre è stato indicato quale esecutore della prestazione progettuale delle opere idrauliche, funzione alla quale non è ricollegabile l'obbligo della dichiarazione di assenza del pregiudizio penale.

L'Adunanza Plenaria n. 23 del 16 ottobre 2013 ha chiarito la portata dell'articolo 38, nel senso della doverosa prevalenza

dell'interpretazione tassativa e non analogica delle cause di esclusione, sottolineando che *“gli obblighi di dichiarazione dei partecipanti alla gara si individuano con stretto rinvio ai contenuti prescritti all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006”*, aggiungendo che, *“qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la omessa dichiarazione ex art. 38, ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione”*.

L'approdo giurisprudenziale citato avvalorava l'infondatezza della censura, già rilevata nella sentenza impugnata.

4.2- Quanto alla comunicazione alla stazione appaltante della sostituzione dell'ingegnere Lefebre all'ingegnere Francesco Galante nella responsabilità della progettazione delle opere idrauliche, seppure superflua a norma della *lex* di gara, da essa non può desumersi l'investitura dell'ingegnere Lefebre delle stesse cariche sociali del sostituito ingegnere Galante o una sorta di contraddittorietà rilevante quale vizio da sanzionare con l'esclusione dalla gara della partecipante. Tale conclusione sarebbe a dir poco aberrante ed in contrasto con tutti i principi normativi e giurisprudenziali in materia di pubbliche gare e del principio del *favor participationis*.

4.3- Gli altri motivi dedotti con l'appello incidentale attengono ad asseriti vizi di progettazione per difformità da quella di base in relazione ai quadri elettrici.

Sul punto, fermo che le censure vanno considerate nella formulazione contenuta nel ricorso incidentale di primo grado, non essendo ammissibili la modificazione dei motivi di ricorso o la loro estensione

in grado di appello, esse sono infondate, atteso che, come rilevato nella sentenza impugnata, la lettera di invito non precludeva la possibilità di introdurre modifiche al quadro elettrico, tenuto conto anche di quanto previsto al punto 5 del sub criterio d) che richiede un progetto in grado di confrontarsi con criteri spaziali e di garantire al meglio la realizzazione delle opere e la manutenzione.

Lo stesso vale per l'incremento della densità delle apparecchiature incluse nel quadro elettrico e il maggior addensamento di apparecchiature elettriche all'interno del quadro, nonché per le asserite incongruenze tra quanto riportato nel fronte quadro e lo schema unifilare, a parte l'inammissibilità per genericità delle suddette censure.

In conclusione, l'appello incidentale è infondato e va respinto.

5.- Va ora esaminato l'appello principale di Euro Mec.

5.1- Assume Euro Mec che la sentenza impugnata avrebbe errato laddove non ha ravvisato le violazioni delle previsioni recate dalla lettera di invito, con riferimento all'obbligo di rispettare puntualmente il progetto definitivo posto a base di gara.

Più precisamente l'offerta di Degrémont avrebbe violato la prescrizione della lettera di invito (pag. 6) dove era stabilito che l'offerta tecnica *“dovrà garantire – a pena di esclusione – il pieno rispetto del progetto definitivo posto a base di gara. Le uniche sezioni di impianto per le quali sono ammesse modifiche sono quelle relative al sistema di filtrazione a membrane...e ai suoi servizi accessori...in modo da consentirne l'adeguamento in base alla tecnologia utilizzata”*.

Ad avviso di Euro Mec l'offerta di Degrémont avrebbe modificato i compressori aria di cui alle specifiche tecniche 10.1 e 10.2 del progetto base e tale modifica sarebbe consistita nella diminuzione della potenza dei due compressori, che nell'offerta sono indicati come "Compressore aria piccolo" e "Compressore aria grande" di potenza rispettivamente di 130 KW (anziché 150 KW) e 180 (anziché 240 KW).

La doglianza è infondata.

Come già rilevato nella sentenza impugnata, i compressori aria destinati all'areazione e alla nitrificazione della nuova linea a membrane previsti dal progetto Degrémont fanno parte della centrale di produzione aria connessa al funzionamento del sistema a membrane.

Tanto risulta dalla relazione tecnica prodotta da Hera nel giudizio di primo grado a firma dell'ingegner Bellicchi e che evidenzia le criticità della prospettazione dell'appellante principale, consentendo il convincimento della sezione in ordine alla coerenza del progetto Degrémont con quello posto a base di gara.

Quanto all'asserita modifica dei compressori, la tesi dell'appellante principale non considera che vi è differenza tra le prestazioni di una macchina e il motore elettrico ad essa accoppiato, posto che le prime riguardano la capacità della macchina a fornire la portata d'aria richiesta, mentre il secondo definisce la potenza necessaria affinché la macchina possa erogare le prestazioni richieste per cui, a parità di prestazioni, due macchine differenti possono richiedere potenze

assorbite differenti.

Sembrerebbe, tra l'altro, che Degrémont abbia scelto apparecchiature a più alta efficienza che, a parità nominale e prevalenza e, quindi, pienamente in grado di assicurare prestazioni in linea con quanto previsto dalla *lex* di gara, sono caratterizzate da una potenza installata inferiore a quanto ipotizzato dal progetto definitivo posto a base di gara e ciò al fine di conseguire vantaggi in termini energetici.

Tanto è desumibile oltre che dalla relazione dell'ingegner Bellicchi anche dalla relazione tecnica predisposta dal fornitore dei compressori HV – Turbo Siemens dell'offerta Degrémont.

Sulla base dei suddetti apporti tecnici, dunque, la Sezione si è formata il convincimento che i compressori forniti da Degrémont sono conformi alle specifiche a base di gara e che le modifiche apportate sono finalizzate ad assicurare un consumo inferiore in termini energetici – facoltà questa contemplata e auspicata dalla stazione appaltante e valutata ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Va da sé che la produzione per la prima volta in appello della perizia tecnica da parte di Euro Mec e la novità delle prospettazioni in essa contenute, volte a mutare la *causa petendi* incentrata su dati cartografici e non funzionali, implicano l'inammissibilità della nuova prova, a parte che non risulta idonea a sostenere l'asserita illegittimità dell'offerta Degrémont, per lo meno nella prospettiva della ricorrente Euro Mec.

In conclusione, deve ritenersi che i compressori offerti da Degrémont sono conformi alle prestazioni richieste dalle specifiche tecniche

indicate nella “Relazione tecnica specialistica 4.06 – specifiche tecniche – opere elettromeccaniche” del progetto definitivo posto a base di gara e che per le dotazioni di cui trattasi, essendo correlate alla tecnologia utilizzata per il sistema di ultrafiltrazione MBR, ovvero del sistema delle membrane, ne era consentita la modifica dalla *lex* di gara.

5.2- Con riferimento alla mancata disposizione da parte del giudice di primo grado di apposita CTU, non v'era necessità, atteso l'apporto di valutazioni tecniche sulle quali sé formato il convincimento espresso con chiarezza nella sentenza impugnata.

5.3- E' infondata anche la censura di violazione della *lex* di gara, in relazione alla circostanza che la copia del “verbale di sopralluogo” depositata da Degremont sarebbe priva della sottoscrizione dei rappresentanti della stazione appaltante sì da rendere inesistente o comunque nullo il documento prodotto.

In merito va osservato che:

la prescrizione di produrre “*attestazione rilasciata dalla stazione appaltante, relativa all'effettuazione del sopralluogo obbligatorio dei luoghi dove dovranno essere eseguiti i lavori*” non comprendeva anche l'obbligo di sottoscrizione da parte della stazione appaltante;

che la mancata sottoscrizione integrerebbe un vizio meramente formale, non essendo contestata l'effettuazione del sopralluogo, sicché non potrebbe comportare l'esclusione dalla gara;

che, comunque, nel corso della seduta della commissione di gara del 13 gennaio 2012, si dava atto che “*..la competente struttura tecnica conferma*

per le vie brevi che copia originale del documento è agli atti di Hera e verrà successivamente trasmesso al Presidente della Commissione a mezzo fax e che il sopralluogo è stato regolarmente effettuato...”.

5.4- Assume l'appellante principale che erroneamente la sentenza non avrebbe apprezzato la censura di mancata esclusione dell'aggiudicataria malgrado la violazione delle norme in materia di avvalimento, avendo indicato nell'ambito dello strumento dell'avvalimento, come imprese ausiliarie, due società facenti parte del medesimo gruppo societario e non avendo prodotto il contratto di avvalimento ma solamente la dichiarazione attestante il legame di gruppo.

Anche questo motivo è infondato.

Stabilisce l'art. 49, comma 2, lett. g), del d. lgs. n. 163 del 2006 che *“nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5”.*

E' chiaro che la disposizione normativa richiamata ha accordato un regime probatorio e documentale semplificato in favore delle imprese appartenenti al medesimo gruppo societario, senza limitarne la portata alle sole imprese ausiliarie “controllanti” o direttamente “partecipanti” e ancora “capogruppo”, come assume l'appellante principale.

Tale impostazione risulta avvalorata dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810) che ha chiarito che non

sussiste l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente, in base alla disposizione di cui all'art. 49, co. 2, lett. g), cit., una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

In conclusione, nell'attuale sistema normativo in materia di appalti pubblici ed in coerenza con le disposizioni comunitarie in tema di avvalimento, non sussistono limiti di tipo soggettivo in ordine all'impresa ausiliaria e ai legami tra essa e l'impresa ausiliata ed è consentito l'avvalimento all'interno del gruppo, qualunque sia la posizione nel gruppo, controllata o controllante.

5.5- In ordine all'erronea attribuzione dei punteggi, non può che confermarsi quanto affermato nella sentenza impugnata, non risultando elementi di irragionevolezza nell'attribuzione dei punteggi, la cui assegnazione e graduazione risulta adeguatamente motivata ed emergendo dalla valutazione della commissione tecnica una superiorità dell'offerta Degrémont rispetto a quella Euro Mec anche sul piano dell'occupazione degli spazi, rispetto alla quale sono recessive e irrilevanti le contestate carenze della planimetria, che non era nemmeno richiesta dalla lettera di invito.

5.6- Quanto al punteggio per il "*consumo di energia elettrica complessivo giornaliero dell'impianto*" - doglianza incentrata sull'utilizzo di compressori più piccoli e di potenza ridotta rispetto a quelli previsti

dalla legge di gara - la doglianza è infondata in fatto, atteso che, come già sopra rilevato, Degrémont ha proposto apparecchiature che a parità di condizioni di esercizio risultano più performanti e comportano un minore consumo di energia.

5.7- La modalità di attribuzione del punteggio per il consumo dell'energia elettrica complessiva giornaliera, parametrata alla migliore offerta, senza prevedere alcuna gradazione dei punteggi intermedi, è conforme ai criteri fissati dalla *lex* di gara e la censura che assume in sostanza l'erroneità del punteggio assegnato all'altra concorrente "Acciona Agua" è inammissibile, non risultando l'interesse ad essa sotteso, né è provata l'irragionevolezza di tale criterio, oltre ad essere infondata perché rispondente alle prescrizioni della *lex* di gara

5.8- Infondata è anche l'asserita erroneità della sentenza, laddove ha respinto le censure dedotte con riferimento alla procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta Degrémont.

Sta di fatto che il verbale delle operazioni di gara del 21 marzo 2012 dà atto che sin dal 23 febbraio 2012 era stato richiesto all'aggiudicataria Degrémont di presentare l'analisi giustificativa dell'offerta e che, dall'analisi della documentazione prodotta e valutata, l'offerta era risultata congrua.

Quanto alla necessità della motivazione del giudizio di congruità, si desume per *relationem* al contenuto dei chiarimenti forniti dall'aggiudicataria.

D'altra parte l'obbligo di una motivazione rigorosa ed analitica ricorre ove l'analisi delle giustificazioni si concluda in senso sfavorevole, con

giudizio di non congruità, e non nel caso di giudizio di congruità, fermo restando che il terzo che assuma l'illogicità o l'erroneità della valutazione della stazione appaltante dovrà individuare gli specifici elementi da cui il giudice possa evincere che la valutazione sia stata irragionevole o basata su fatti erronei e travisati (sul punto, cfr., Cons. Stato, sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1183; 10 settembre 2012, n. 4785; 29 novembre 2012, n. 6061; sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710).

5.9- Ugualmente infondato è il motivo con cui si assume l'erroneità della sentenza laddove ha ritenuto insussistente l'asserita illegittimità delle modalità di svolgimento della gara per la violazione del principio di pubblicità e di continuità e concentrazione delle sedute della commissione di gara.

Nel caso trattasi di gara con procedura telematica sicché, come correttamente affermato nella sentenza impugnata, può trovare applicazione il principio desumibile dal comma 7 dell'articolo 85 del codice dei contratti pubblici che ammette l'apertura delle buste in seduta riservata.

La gara telematica, peraltro, oltre a fornire certezza in ordine all'identità del concorrente dotato anche di specifiche *password* personali ed utilizzabili ai fini della presentazione delle proposte e ad assicurare l'immodificabilità delle offerte, consente di tracciare qualsivoglia apertura dei *file* recanti i documenti di gara.

La gara in sostanza si è perfezionata con modalità di fatto idonee a soddisfare l'interesse pubblico alla trasparenza e imparzialità evocate dall'Adunanza Plenaria, sicché la circostanza che le offerte tecniche

siano state aperte in seduta riservata non implica di per sé l'illegittimità del procedimento e della procedura, a parte che non è stato fornito nemmeno un principio di prova in ordine alla lesione del proprio interesse alla verifica dell'integrità dei plichi (sul punto cfr. Cons. Stato, III, 12 settembre 2012, n. 4830).

Comunque, quand'anche si ritenesse che anche la gara con procedura telematica sia soggetta alle stesse regole delle gare espletate con procedura ordinaria, per effetto della disposizione normativa dettata dal d. l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito in l. n. 94 del 2012, è salvaguardata la validità e l'efficacia della procedura, essendosi svolta prima del 9 maggio 2012, data di entrata in vigore del d.l. n. 52 del 2012.

La disposizione transitoria, infatti, come precisato dalla giurisprudenza, non ha mera natura ricognitiva, bensì la funzione di salvaguardare le gare già espletate (Cons. Stato: ad. plen., 27 giugno 2013, n. 16; sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145; 31 dicembre 2012, n. 6714).

5.10- Quanto esposto sulle modalità di svolgimento della gara telematica toglie pregio all'assunto, invero meramente pretestuoso, dell'asserita violazione delle regole di continuità e concentrazione dell'esame delle offerte.

Invero, la immodificabilità dei plichi inviati in forma telematica e le cautele insite nel sistema tecnico di tracciabilità evidenziano la insussistenza della contestazione afferente alle modalità di conservazione dei plichi.

Quanto alla violazione dei principi di concentrazione e di continuità delle operazioni di gara, essa non sussiste in ragione della complessità della gara in questione e della mole dei documenti da esaminare.

Il principio di continuità ha, infatti, carattere tendenziale e deve necessariamente coniugarsi con l'attività di valutazione, la cui complessità, a tutela di principi non certo residuali del buon andamento della pubblica amministrazione, può richiedere più sedute ed un maggior lasso di tempo (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8155; sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169).

5.11- In ordine agli asseriti vizi della verbalizzazione, con riferimento ai verbali delle sedute del 17 e 20 febbraio in cui sono state svolte le valutazioni delle offerte tecniche, dai quali non emergerebbe cosa abbia fatto la commissione di gara distintamente in ciascuno dei due giorni, la censura è infondata, atteso che dai verbali risulta che in entrambi i giorni si è svolta l'analisi tecnica complessiva delle offerte; che non è necessario per la correttezza dei verbali che vi sia un'indicazione specifica di quale parte dell'analisi è stata realizzata in un giorno o nell'altro, essendo ben possibile la verbalizzazione sintetica e la compilazione di un unico verbale di tutte le operazioni compiute.

5.12- Quanto alla mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte, non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi

riguardo al fatto che in concreto non si sia verificata un'alterazione della documentazione.

Il rigoroso orientamento giurisprudenziale secondo il quale la tutela dell'integrità dei plichi contenenti gli atti di gara deve assicurata in astratto non può essere seguito quando in concreto, come nel caso di specie, non sia stato fornito alcun principio di prova della eventuale manomissione dei plichi o quanto meno un principio di prova di un concreto pericolo di manomissione (Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3079).

Tali considerazioni sono ancor più pregnanti nella procedura in esame in cui il *tracking* elettronico consente uno strumento probatorio preciso sulla composizione delle buste, come rilevato nella sentenza impugnata, secondo la quale *“le motivazioni sulla procedura telematico – elettronica sono state riferite anche alle modalità di verbalizzazione e al principio di continuità”*.

Per quanto esposto, l'appello principale è infondato e va respinto.

Deve essere respinta in conseguenza anche la domanda risarcitoria, non sussistendone i presupposti.

In conclusione vanno respinti sia l'appello incidentale che l'appello principale.

Le spese di giudizio per la complessità delle questioni trattate vanno compensate per la metà e per l'altra metà vanno poste a carico della s.r.l. Euro Mec, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello incidentale e l'appello principale.

Le spese di giudizio, quantificate in euro 24.000,00 complessivi, le compensa per la metà e per l'altra metà di 12.000,00 euro le pone a carico di Euro Mec e in favore di Degrémont S.p.A. e di Hera S.p.A., nella misura di euro 6.000,00, oltre accessori di legge, per ciascuna.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2014

IL SEGRETARIO

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

