

N. 03295/2015REG.PROV.COLL.

N. 04005/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4005 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Guerrato s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Vinti, Elia Barbieri e Mauro Ciani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Vinti in Roma, Via Emilia N. 88;

contro

Centro Italiano Ricerche Aerospaziali s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Cinque, con domicilio eletto presso Andrea Riccio in Roma, viale delle Milizie Nr. 22;

nei confronti di

Manutencoop Facility Management s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Federico Sutti, Francesco Cerasi, con domicilio eletto presso Francesco Cerasi in Roma, Via Due Macelli, 66;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 03413/2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione di appalti di servizi;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Centro Italiano Ricerche Aerospaziali e di Manutencoop Facility Management;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2015 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Elia Barbieri, l'avvocato Barbara Palombi per delega dell'avvocato Giovanni Cinque e l'avvocato Francesco Cerasi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, la società Manutencoop Facility Management s.p.a. (di seguito anche solo Manutencoop) ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore della società Guerrato s.p.a. della gara bandita dal Centro Italiano Ricerche Aerospaziali C.I.R.A. s.c.p.a. (di seguito anche solo CIRA) per l'appalto di servizi di "maintenance & operations" degli impianti e delle infrastrutture dello stesso CIRA, per una durata di quattro anni e per un importo a base d'asta di € 10.600.000,00.

2. La gara si è svolta mediante procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tramite il sistema del confronto a coppie.

A tal fine era prevista l'assegnazione di un massimo di 65 punti per l'offerta tecnica e di un massimo di 35 punti per l'offerta economica, da attribuire sulla scorta dei criteri e subcriteri, dei pesi, nonché delle formule appositamente stabiliti dalla *lex specialis*.

Alla gara venivano ammesse dieci imprese e all'esito delle dovute operazioni risultava aggiudicataria l'offerta Guerrato con un punteggio complessivo pari a 88,19 punti (di cui 65,00 punti per l'offerta tecnica e 23,19 per quella economica).

Al secondo posto si classificava Manutencoop con 87,33 punti (rispettivamente 55,99 per l'offerta tecnica e 31,34 per l'offerta economica).

3. Il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva si fondava su quattro motivi intesi a censurare sia l'operato della commissione di gara che la relativa composizione.

In particolare Manutencoop lamentava che:

a) Guerrato avrebbe anticipato nella sua offerta tecnica alcuni elementi di carattere economico, in modo da fuorviare il giudizio della Commissione;

b) la Commissione non avrebbe applicato il c.d. principio della proprietà transitiva nell'espletamento dei confronti a coppie e, comunque, avrebbe utilizzato parametri di valutazione generici senza fornire adeguata motivazione dei giudizi, espressi solo in forma numerica;

c) uno dei componenti della Commissione (il dott. Remo Tagliacozzo, responsabile dell'ufficio affari legali della stazione appaltante) non avrebbe una adeguata professionalità rispetto all'oggetto della gara.

4. Nel giudizio di primo grado, la società Guerrato proponeva a sua volta ricorso incidentale, al fine di far valere l'illegittimità ammissione di Manutencoop alla gara, con conseguente effetto paralizzante dell'impugnazione principale. A tal fine ha dedotto:

a) la violazione del punto 7.1. del disciplinare di gara per non avere Manutencoop prodotto la procura speciale a favore del signor Marino Monti, che aveva sottoscritto in qualità di procuratore speciale dell'impresa sia l'offerta (sia tecnica che economica) sia la relativa istanza di ammissione alla gara;

b) la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica rispetto all'offerta tecnica: secondo Guerrato anche l'offerta Manutencoop conteneva nella relazione tecnica indicazioni economiche, indicando tra i servizi aggiuntivi il "supporto alla progettazione di interventi di adeguamento normativi e migliorativi (fino ad un massimo di 500.000 euro di lavori)".

5. Con la sentenza appellata, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania ha:

- respinto il ricorso incidentale proposto dalla Guerrato s.p.a.;

- accolto il primo motivo del ricorso principale proposto dalla Manutencoop e, per l'effetto, annullato la determinazione di CIRA del 2 dicembre 2013 di aggiudicazione definitiva della gara in favore della Guerrato;

- dichiarato assorbiti gli altri motivi del ricorso principale proposto da Manutencoop.

6. Per ottenere la riforma di tale sentenza ha proposto appello la società Guerrato (appello dapprima proposto contro il dispositivo e poi, mediante motivi aggiunti, contro le motivazioni), chiedendone la sospensione cautelare dell'efficacia esecutiva.

7. Si è costituita in giudizio la società Manutencoop la quale, oltre a chiedere il rigetto dell'appello, ha riproposto i motivi dichiarati assorbiti nel giudizio di primo grado.

8. Si è costituita in giudizio la CIRA, la quale ha difeso la legittimità degli atti di gara rispetto alle censure fatte valere da entrambe le parti private. Nella sostanza, CIRA ha chiesto l'accoglimento dei motivi di appello principale proposti da Guerrato diretti a contestare l'erroneità della sua esclusione dalla gara per violazione del principio di segretezza dell'offerta economica rispetto a quella tecnica.

9. Con ordinanza 27 agosto 2014, n. 3674, questo Consiglio di Stato ha accolto la domanda cautelare proposta da Guerrato ritenendo l'appello sorretto da *fumus boni iuris* ("atteso che l'offerta tecnica dell'Impresa Guerrato s.p.a. non sembra contenere elementi tali da determinare un'anticipazione dell'offerta economica") e dando prevalenza, in ordine al *periculum in mora*, all'esigenza di conservare gli effetti dell'aggiudicazione disposta dall'Amministrazione.

10. All'odierna udienza di discussione la causa è stata trattenuta per la decisione.

11. L'appello proposto da Guerrato merita accoglimento.

12. Risulta fondato, in particolare, il secondo motivo di appello con il quale si contesta la sentenza del Tribunale amministrativo regionale nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso principale di primo grado proposto da Manutencoop.

Come sopra si è accennato, con il primo motivo di ricorso principale di primo grado, Manutencoop ha dedotto che Guerrato, nell'offerta tecnica, avrebbe anticipato elementi specifici dell'offerta economica.

Il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto fondato tale censura sulla base della seguente motivazione: "è innegabile che all'interno dell'offerta tecnica formulata dalla controinteressata figurino oggettivi e concreti elementi economici, in termini sia di costo unitario (€ 18.781,00) di un articolo (trasformatore da 1.000 KVA) ricompreso nei prezziari DEI e, come tale, assoggettato a ribasso ai sensi dell'art. 7.3 del disciplinare di gara, sia di oneri (pari a circa € 185.000), sia di risparmi (€ 11.268,60 annui) rivenienti alla stazione appaltante dalla proposta migliorativa consistente progettazione definitiva ed esecutiva dell'adeguamento del "sistema di supervisione Schneider per il comando delle cabine e monitoraggio dei consumi energetici".

Ed è altrettanto innegabile che tale proposta assuma rilievo strategico rispetto a quella di "interconnessione elettrica in BT tra le cabine (n. 2, 3 e 4)", la quale, alla stregua del paragrafo 1.2.3.1 della relazione tecnica, rinviene una delle sue principali giustificazioni proprio nell'aumento della vita utile e nel correlato risparmio (puntualmente quantificato) sui costi dei trasformatori in conseguenza della inserzione/disinserzione programmata di questi ultimi all'interno delle cabine interconnesse, così come ottenibile attraverso il prospettato intervento di adeguamento del sistema SCADA Schneider (pure espressamente valorizzato nei costi).

E' evidente, allora, che, in tal modo, la Guerrato ha inteso promuovere la propria offerta tecnica, suggerendo al C.I.R.A. le implicazioni economiche consistenti negli oneri iniziali e nei vantaggi successivi di una sua proposta migliorativa, i quali vengono, dunque, a configurarsi a guisa di componente, sia pure parziale e indiretta, del prezzo praticato".

13. Tali conclusioni non possono essere condivise.

Il capitolato speciale d'appalto prevedeva la possibilità per il CIRA di acquisire l'ideazione di eventuali interventi migliorativi al fine del "conseguimento di risparmi energetici mediante l'ottimizzazione nell'uso degli impianti".

Il CIRA, in particolare, si riservava la successiva realizzazione con autonomo affidamento, a propria discrezione, estraneo al servizio in appalto e senza che, al riguardo, l'assuntore del servizio potesse avanzare pretese di alcun genere.

In ossequio a tali finalità, la società Guerrato, formulava alcune proposte aggiuntive "funzionali all'ottenimento da parte del CIRA di sensibili risparmi economici di gestione" (cfr. pag. 6 della relazione tecnica Guerrato), prevedendo, fra l'altro, la progettazione di "un sistema di supervisione Schneider per il comando delle cabine e monitoraggio dei consumi energetici e di un circuito di interconnessione BT tra le cabine 2, 3 e 4".

Guerrato specificava che da tale progetto CIRA avrebbe ottenuto un risparmio pari a 42.311 Kwh/anno dovuto a minori consumi ed un ulteriore risparmio annuo legato alla maggior vita degli elementi (ovvero minori investimenti da effettuare negli anni futuri) stimabile in 11.268,60 €/anno.

In particolare, per meglio quantificare i vantaggi per il CIRA in termini di aumento della vita utile degli impianti (e, dunque, di riduzione delle sostituzioni di parti degli impianti medesimi), la relazione presentata da Guerrato ipotizzava di far risparmiare al CIRA, nei prossimi cinque anni la sostituzione di n. 3 trasformatori da 1000 KVA, con il seguente bilancio:

- Costo unitario di un trasformatore 18.781,00 €;

- Costo totale risparmiato in 5 anni 56.343,00€;

- Risparmio anno dopo l'entrata in esercizio del sistema

proposto 11.268,60 €.

La proposta Guerrato, con riferimento a questa miglioria, comprendeva solo la progettazione definitiva/esecutiva, il cui compenso era interamente nel canone previsto per il servizio. La proposta, invece, non comprendeva la effettiva realizzazione del sistema che, secondo quanto previsto dal disciplinare, era rimessa ad eventuali e future decisioni del CIRA, da realizzare con affidamenti successivi ed estranei all'appalto in discussione.

14. Dalla ricostruzione dei fatti appena compiuta emerge che, a differenza di quanto ritenuto dal Tribunale amministrativo regionale, Guerrato non ha anticipato nella propria offerta tecnica elementi dell'offerta economica.

Gli importi indicati da Guerrato in sede di offerta tecnica non rilevano in alcun modo il contenuto del prezzo offerto nell'offerta economica per l'espletamento del servizio.

Si tratta di indicazioni economiche che hanno solo la funzione di fornire una stima dei vantaggi economici che la stazione appaltante avrebbe potuto conseguire seguendo la proposta migliorativa formulata da Guerrato.

In altri termini, Guerrato nel formulare (così come espressamente consentito dalla *lex specialis*) proposte tecniche migliorative, al fine di far meglio comprendere alla stazione appaltante la bontà di tali proposte, ha anche quantificato, fornendo dati economici ipotetici, quanto CIRA avrebbe eventualmente risparmiato realizzandole.

Quegli importi economici non si riferiscono, tuttavia, al prezzo di prestazioni comprese nell'appalto in affidamento, essendo invece rimesse a successive ed eventuali decisioni del CIRA.

Di esse, infatti, Guerrato offriva solo la progettazione (ad un prezzo già compreso nel canone del servizio e non rivelato nell'offerta tecnica) e non anche l'esecuzione.

Si tratta, dunque, di importi che:

- non avevano ad oggetto diretto prestazioni da rendersi da Guerrato nell'ambito del servizio;

- si limitavano ad evidenziare risparmi di spesa a favore del committente.

Tali indicazioni economiche, quindi, non violavano in alcun modo il principio di segretezza dell'offerta economica, perché non consentivano alla stazione appaltante di sapere quanto Guerrato voleva farsi pagare per l'esecuzione del servizio.

15. E' noto, infatti, che le indicazioni economiche precluse in sede di offerta tecnica sono solo quelle che anticipano il prezzo offerto del concorrente o, comunque, ne consentono la ricostruzione. Il principio di segretezza dell'offerta economica non può, quindi, dirsi violato nel caso in cui come accaduto nel caso di specie, gli importi economici contenuti nell'offerta tecnica non abbiano la capacità o la funzione di svelare l'entità del prezzo richiesto, ma siano utilizzati solo al fine di evidenziare la bontà dell'offerta tecnica e delle sue conseguenze applicative anche dal punto di vista dei risparmi di spesa.

Ad analoghe conclusioni, del resto, la sentenza appellata è giunta, mostrando di condividere tali principi, quando ha rigettato il secondo motivo del ricorso incidentale di Guerrato, diretta a far valere la circostanza che anche Manutencoop, nella propria offerta tecnica, avesse incluso alcune indicazioni di carattere economico.

Con riferimento a tali indicazioni economiche il Tribunale amministrativo regionale ha condivisibilmente ritenuto che essi costituissero meri parametri quantitativi, necessari a commisurare i limiti e la tempestività di erogazioni delle prestazioni proposte in via migliorativa, senza rivelare, in maniera diretta o indiretta, totale o parziale, il contenuto del prezzo offerto.

Lo stesso principio avrebbe dovuto condurre ad analoghe conclusioni con riferimento alle indicazioni economiche contenute nelle offerta tecnica di Guerrato.

16. Sotto tale profilo, quindi, la sentenza di primo grado è erronea. In riforma della stessa deve, pertanto, respingersi il primo motivo del ricorso principale proposto da Manutencoop in primo grado.

17. Devono essere a questo punto esaminati gli altri motivi del ricorso principale, dichiarati assorbiti dal Tribunale amministrativo regionale e riproposti espressamente da Manutencoop mediante memoria difensiva.

18. Anche tali motivi sono infondati.

19. Il secondo e il terzo motivo del ricorso di primo grado possono essere esaminati congiuntamente.

20. Sotto un primo profilo, Manutencoop deduce la illogicità delle valutazioni effettuate dalla Commissione per non aver applicato quest'ultima nell'espletamento dei confronti a coppie la c.d. proprietà transitiva, tale per cui, dato pari il confronto tra due offerte, il successivo confronto tra ciascuna di queste offerte ed una terza offerta dovrebbe necessariamente condurre ad esiti identici.

Il motivo trova smentita nell'orientamento giurisprudenziale, condiviso dal Collegio, secondo cui il sistema di confronto a coppie si basa su autonome e distinte comparazioni di ogni singola offerta con ciascuna delle altre e non contempla la comparazione tra i risultati dei singoli confronti a coppie.

In altri termini, il metodo del confronto a coppie consiste nella valutazione comparativa tra due candidati per volta con attribuzione ad ognuno di essi di un punteggio relativo e non assoluto. Di conseguenza può darsi che nel successivo raffronto con altri i punteggi attribuiti non rispecchino la valutazione comparativa già effettuata, proprio perché si tratta di valutazione che ha rilievo solo all'interno della coppia, e che nel raffronto con altro termini di paragone perde di significato.

Del resto, all'applicazione della c.d. regola della proprietà transitiva osta l'insormontabile ostacolo rappresentato dall'impossibilità di individuare (se non in maniera arbitraria e apodittica) il c.d. confronto-madre, al quale parametrare e ricondurre tutti gli altri.

21. In ogni caso, anche a prescindere dalla pur rilevata estraneità del principio della proprietà transitiva dalla logica del confronto a coppie, non può non rilevarsi come i giudizi dati dalla Commissione (e a monte dai commissari) presentino una evidente coerenza interna che emerge dalla omogeneità dei posizionamenti di ciascuna offerta sia rispetto ai singoli criteri che rispetto alla classificazione finale reciproca.

Così, ad esempio, Guerrato risulta prima classificata nel giudizio complessivo dei cinque commissari per 7 dei 9 criteri (collocandosi seconda per il criterio C.1. e terza per il criterio A.4.).

Manutencoop a sua volta si è posizionata seconda rispetto a 7 dei 9 criteri (risultando prima per il criterio C.1. e quarta per il criterio A.2.).

La terza classificata CCC risulta al terzo posto in 7 dei 9 giudizi sui singoli criteri (ed ha ottenuto un quarto posto per il criterio A.4. e un quinto per il criterio b.1.).

Anche questi dati valgono chiaramente ad escludere le illogicità di giudizio lamentate dalla società Manutencoop.

21. Sotto un secondo profilo, Manutencoop lamenta la genericità dei criteri di giudizio indicati dal disciplinare.

Anche tale doglianza è infondata. Tale genericità non sussiste, specie se i criteri dettati dal disciplinare vengono letti alla luce dell'oggetto dell'affidamento e soprattutto delle finalità perseguite dal committente analiticamente descritte nel capitolato speciale d'appalto.

Il capitolato contiene un apposito articolo che descrive (punto 5) analiticamente le finalità perseguiti dal CIRA attraverso l'affidamento del servizio oggetto del presente giudizio.

Si tratta di finalità indicate in maniera precisa, che rappresentano, a loro volta, una griglia di parametri volti a dare contenuto concreto ai criteri di giudizio indicati nel disciplinare. La griglia di criteri così individuata, integrata dall'analitica indicazione degli obiettivi perseguiti, vale a rendere comprensibile l'iter motivazionale sotteso all'assegnazione dei punteggi numerici. Anche tale doglianza, sollevata da Manutencoop deve, pertanto, ritenersi infondata.

22. Con il quarto motivo del ricorso principale di primo grado riproposto in appello, Manutencoop ha contestato l'illegittima composizione della Commissione, asserendo la partecipazione di un componente (il dottore Remo Tagliacozzo, responsabile dell'ufficio affari legali) privo di esperienza rispetto all'oggetto dell'appalto.

La censura è infondata alla luce dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la legittima composizione della Commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 92).

La prescrizione dell'art. 84 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), in punto di competenza della Commissione può, quindi, ritenersi soddisfatta, in concreto, allorché quattro dei suoi cinque componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce, e il quinto membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare.

Al di là questa già di per sé dirimente considerazione, si deve poi ulteriormente evidenziare che nel caso di specie, il componente contestato, pur non laureato in ingegneria ma in economia e commercio, risulta, dall'esame del *curriculum* professionale, in possesso di competenze organizzativo-gestionali ed economiche che non possono ritenersi di per sé estranee alle competenze richieste dall'oggetto dell'appalto in oggetto.

22. Le considerazioni che precedono consentono di respingere i motivi del ricorso principale riproposti in appello da Manutencoop.

23. Al rigetto del ricorso principale di primo grado segue l'assorbimento dei motivi dell'appello principale diretti a riproporre le censure del ricorso incidentale di primo grado.

24. In definitiva, quindi, va accolto l'appello proposto da Guerrato e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso principale di primo grado, con conseguente assorbimento del ricorso incidentale.

La complessità delle questioni esaminate giustifica l'integrale composizione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso principale di primo grado proposto da Manutencoop Facility Management s.p.a.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 02/07/2015

IL SEGRETARIO

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