

N. 03721/2015REG.PROV.COLL.

N. 00608/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

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 608 del 2015, proposto dalla S.p.A. Sinergie, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Paolo Neri e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

il Comune di Polesella, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Anelli e Mario Barioli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Lorenzo Anelli in Roma, piazza dell'Orologio, n. 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – Sezione I n. 1 del 9 gennaio 2015, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio integrato di gestione e manutenzione illuminazione pubblica - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Polesella;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2015 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Andrea Manzi in dichiarata sostituzione dell'avvocato Luigi Manzi, l'avvocato Massimo Pellacani su delega dell'avvocato Lorenzo Anelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.- Oggetto del giudizio è la gara bandita nell'anno 2010 dal Comune di Polesella per l'affidamento del "servizio integrato inerente la gestione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, l'esecuzione di ampliamenti degli impianti di

*pubblica illuminazione del territorio comunale, ivi compresa la fornitura di energia elettrica e delle attività connesse alla riqualificazione globale, alla messa a norma, al collaudo, all'ammodernamento tecnologico e funzionale ed alla progettazione dell'intera rete di pubblica illuminazione, compresi gli impianti semaforici lampeggianti, i lampioni fotovoltaici e la segnaletica stradale illuminata*", da affidarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 83 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Il disciplinare prevedeva l'attribuzione di un massimo di 78 punti all'offerta tecnica (dei quali un massimo di 15 punti al "progetto gestionale manutentivo" e un massimo di 63 punti al "progetto offerta relativamente all'adeguamento normativo ed ampliamenti di impianti esistenti") e di 22 punti all'offerta economica.

Partecipavano alla gara la Elettrocostruzioni s.r.l., la Smail S.p.A. e la Sinergie S.p.A. che si collocava al terzo posto in graduatoria con il punteggio di 59,348.

La gara veniva aggiudicata alla Elettrocostruzioni che aveva riportato il punteggio di 89,542.

In sede di verifica della documentazione prodotta dalle concorrenti, si accertava che né la Elettrocostruzioni, né la Smail avevano presentato la cauzione provvisoria.

Con atto del responsabile del procedimento n. 274 del 12 gennaio 2011, veniva annullata l'aggiudicazione alla Elettrocostruzioni e veniva esclusa dalla gara la Smail.

Con il medesimo atto n. 274 del 12 gennaio 2011 veniva disposta la non aggiudicazione della gara alla Sinergie – ultima concorrente rimasta in gara – ai sensi e per gli effetti dell'articolo 81, comma 3 del d. lgs. n. 163 del 2006, valutandosi la non convenienza e l'inidoneità dell'offerta di essa Sinergie e, ai sensi degli articoli 21 *nonies* e 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, venivano annullati e revocati in autotutela il bando, la procedura di gara e gli atti intervenuti per l'affidamento dell'appalto.

2.- Il TAR Veneto, davanti al quale Sinergie proponeva ricorso per l'annullamento del suddetto provvedimento n. 274 del 2011, con la sentenza n. 568 del 7 aprile 2011 respingeva il ricorso.

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3125 del 7 giugno 2013 accoglieva l'appello e in riforma della sentenza del TAR annullava il provvedimento n. 274 del 2011, ritenendo che non fosse stata adeguatamente approfondita e motivata la lamentata esiguità ed insufficienza dell'importo dei lavori offerti dall'a.t.i. Sinergie posto a motivazione della non convenienza dell'offerta di Sinergie, essendo necessaria una puntuale motivazione (*"il provvedimento prot. n. 274/10 del 12/01/2011 al riguardo pur dotato di diffuse esposizioni motivazionali e pur facendo proprie apposite argomentazioni di una Relazione del RUP (in veste di responsabile dell'Ufficio tecnico) – non risulta aver assolto logicamente a quest'obbligo. Come sottolineato dall'appellante, con rilievo assorbente, allo stato degli atti non è rilevabile la esiguità e la insufficienza dell'importo dei lavori offerti dall'appellante medesimo per la messa a norma, l'ampliamento e la riqualificazione tecnologica del sistema di illuminazione pubblica comunale (...) Sottolinea l'appellante che l'elenco prezzi unitari posti a base di gara annovera espressamente tanto l'installazione di pannelli fotovoltaici, quanto la fornitura e posa in opera dei controllori elettronici di potenza... elementi che avrebbero dovuto essere approfonditi dall'Amministrazione ..."*).

In sostanza, con la sentenza n. 3125 del 7 giugno 2013, il Consiglio di Stato riteneva necessario che l'amministrazione si rideterminasse sulla vicenda controversa con nuove e adeguate motivate determinazioni.

3.- Per dare esecuzione alla citata sentenza n. 3125 del 2013, il Comune di Polesella dava incarico ad un professionista esterno (ing. Enzo Mariga) di valutare l'offerta della Sinergie al fine di supportare il RUP nella nuova valutazione sulla convenienza e idoneità dell'offerta tecnica presentata da Sinergie in relazione all'oggetto del contratto.

L'ingegnere Mariga in una relazione di 130 pagine rappresentava i molteplici errori e le incongruenze progettuali e le difformità rispetto ai documenti posti a base di gara nonché la mancanza dei requisiti prescritti dalle disposizioni normative, concludendo nel senso della inidoneità dell'offerta, evidenziando tra l'altro che anche l'importo di euro 300.603,00 relativo ai regolatori elettronici presentati come variante al progetto posto a base di gara, costituiva una soluzione tecnica non aderente alle esigenze dell'amministrazione comunale e che il previsto impianto fotovoltaico sarebbe stato realizzato ad esclusivo vantaggio dell'appaltatore.

Il RUP, ritenuta pertanto l'offerta della Sinergie non conveniente e inidonea rispetto all'oggetto del contratto, con determina n. 6032 del 7 luglio 2014, disponeva di non aggiudicare la gara alla terza graduata, costituenda a.t.i. con capogruppo Sinergie S.p.A. e reiterava quanto già disposto con l'atto n. 274 del 2011 disponendo l'annullamento e la revoca in via di autotutela del bando, della procedura di gara e degli atti intervenuti per l'affidamento dell'appalto.

4.- Sinergie con ricorso al TAR Veneto impugnava la suddetta determinazione del RUP n. 6032 del 7 luglio 2014, deducendone l'illegittimità sotto plurimi profili e chiedeva il risarcimento del danno subito dalla mancata aggiudicazione della gara.

Con sentenza n. 1 del 9 gennaio 2015, il TAR respingeva il ricorso, rilevando che nella relazione tecnica allegata al provvedimento impugnato erano state chiaramente esplicitate le ragioni per le quali l'amministrazione aveva inteso confermare il giudizio di non convenienza dell'offerta formulata dalla società sulla scorta di nuove e analitiche motivazioni concernenti il progetto autonomamente considerato, indipendentemente da qualunque comparazione con le offerte presentate dalle altre concorrenti.

6.- Con l'atto di appello in esame, Sinergie ha impugnato la suddetta sentenza del TAR Veneto n. 1 del 2015, riproponendo in veste critica i motivi di illegittimità dedotti in primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di Polesella che ha chiesto il rigetto dell'appello, perché infondato in fatto e diritto.

Le parti hanno presentato memorie difensive e, alla pubblica udienza del 14 aprile 2015, il giudizio è stato assunto in decisione.

7.- L'appello è infondato e va respinto.

8.-Con il primo articolato motivo di appello Sinergie S.p.A. censura la sentenza del TAR sotto tre diversi profili:

a) erroneità della sentenza in relazione alla interpretazione ed applicazione dell'articolo 81, comma 3 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché del disciplinare di gara, in quanto il TAR avrebbe erroneamente ritenuto che il rinnovato giudizio di non idoneità dell'offerta si fonderebbe su *"nuove valutazioni concernenti i lavori proposti e le caratteristiche tecniche dell'offerta"*;

b) erroneità della sentenza per difetto di motivazione e di istruttoria, nonché per illogicità ed irragionevolezza manifeste perché l'amministrazione avrebbe ritenuto inidonea l'offerta formulata da Sinergie in sé considerata e *"indipendentemente da qualsivoglia comparazione con le offerte presentate dalle altre concorrenti precedentemente escluse dalla procedura di gara"*;

c) erroneità della sentenza per omessa pronuncia su parte delle censure sollevate.

9.- Quanto al profilo sub a), in sostanza si assume dall'appellante che il TAR non avrebbe esaminato i profili tecnici di doglianza evidenziati da Sinergie per dimostrare l'erroneità delle conclusioni a cui era giunta l'amministrazione, desumibili dalla stessa circostanza che gli elementi motivazionali a fondamento del nuovo provvedimento di diniego dell'aggiudicazione sarebbero i medesimi che il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3125 del 2013 avrebbe ritenuto insufficienti.

La censura come articolata è infondata in fatto e diritto.

Con la sentenza n. 3125 del 2013 il Consiglio di Stato ha affermato solamente che gli elementi motivazionali posti a base del provvedimento – pur se astrattamente idonei a sorreggere il provvedimento – non erano stati adeguatamente esplicitati in modo da consentire di seguire l'iter logico – giuridico posto a fondamento del provvedimento.

Tale lacuna motivazionale ed esplicativa è stata colmata con una articolata motivazione, costituita dalla relazione di 134 pagine effettuata dal professionista esterno (ingegnere Enzo Mariga) incaricato, in quanto esperto nella materia, di supportare il RUP nella valutazione sulla convenienza ed idoneità dell'offerta tecnica presentata da Sinergie.

Orbene al riguardo ci si limita a rilevare che è onere dell'amministrazione verificare la correttezza e l'idoneità dei progetti alla stessa presentati e che tali verifiche costituiscono o dovrebbero costituire la regola della corretta azione amministrativa.

D'altronde gli errori, le inesattezze e le incongruenze rilevate in merito al progetto presentato da Sinergie sono fatti di natura tecnica e non mere opinioni parziali e strumentali, come affermato da Sinergie, la cui esistenza non è stata, oltre tutto, contestata con mezzi processuali adeguati.

9.1- Quanto alla limitatezza del tempo concesso per la formulazione dell'offerta, a parte che l'insufficienza del tempo non è stata contestata prima di partecipare alla gara, essa non è desumibile dal tempo impiegato per la redazione della relazione tecnica, non essendo ad essa paragonabile, sicché il lasso di tempo impiegato per la relazione non costituisce la prova del tempo necessario per la formulazione dell'offerta.

10.- Ugualmente infondata è l'asserita erroneità della sentenza per difetto di motivazione e di istruttoria, nonché per illogicità ed irragionevolezza manifeste, di cui al profilo sub b).

Contrariamente a quanto assume l'appellante il giudizio di inidoneità dell'offerta non si fonda sulla comparazione tra l'offerta dalla stessa presentata e le offerte presentate dalle concorrenti poi escluse dalla gara.

Dagli atti di gara risulta che ciascun progetto è stato esaminato autonomamente.

Insomma l'amministrazione ha ritenuto inidonea l'offerta formulata da Sinergie valutandola in sé e indipendentemente da qualsivoglia comparazione con le offerte presentate dalle altre concorrenti precedentemente escluse dalla procedura di gara, non essendo previsto un diverso modo di valutazione delle offerte.

Ciascun progetto è stato, dunque, esaminato in via autonoma.

Tanto traspare sia dalla valutazione del progetto della ricorrente, trasfusa nella motivazione del provvedimento del RUP n. 274 del 2011, annullato solamente per insufficienza della motivazione, quanto dalla relazione dell'esperto nominato dall'amministrazione per il riesame dell'offerta, nella quale sono evidenziati i motivi di inidoneità e non convenienza dell'offerta della Sinergie con riferimento a specifiche previsioni della *lex* di gara (ad esempio alla installazione dei pannelli fotovoltaici o alla installazione dei regolatori elettronici dimmerabili e tele controllabili) e non già in relazione alle altre offerte.

Il RUP rilevava in particolare la inadeguatezza dell'offerta di Sinergie alle esigenze evidenziate dall'amministrazione in sede di gara, in quanto <<*Dalla ulteriore disamina svolta, risulta, dunque che la centralità dell'offerta...è costituita dalla costruzione dell'impianto fotovoltaico e non dalla riqualificazione tecnologica della rete di illuminazione comunale come richiesto dagli atti posti a base di gara (adeguamento normativo, sicurezza, consumi – art. 2 Capitolato Speciale d'Appalto)*>>.

E', quindi, evidente che l'offerta Sinergie presentava di per sé profili di inadeguatezza e non convenienza che non consentivano all'Amministrazione di poter aggiudicare l'appalto in favore dell'appellante e ciò indipendentemente dalla comparazione della stessa con le offerte formulate dalle altre concorrenti.

11.- Ad avviso dell'appellante, la sentenza sarebbe viziata per omessa pronuncia su parte delle censure dedotte, non avendo il TAR esaminato i profili tecnici di doglianza evidenziati da Sinergie per dimostrare l'erroneità delle conclusioni a cui era giunta l'amministrazione (profilo sub c).

Diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, il TAR, seppure in maniera estremamente sintetica, ha valutato sia le doglianze espresse da Sinergie che le difese formulate dal Comune di Polesella e tutti i documenti prodotti in giudizio, concludendo per la mancanza di profili di illegittimità nella decisione assunta dal Comune, essendo più che ragionevole la valutazione di inidoneità e non convenienza dell'offerta di Sinergie.

E', quindi, infondata la censura di omessa pronuncia del TAR.

12.- Comunque e per mera completezza, atteso che l'appellante riproduce tutte le censure dedotte nel ricorso di primo grado, va osservato quanto segue.

12.1- In ordine alla costruzione dell'impianto fotovoltaico, l'amministrazione ha considerato tale intervento nella valutazione dell'offerta, essendo prevista nel bando la facoltà di installare sistemi di produzione di energia alternativa strumentali alla gestione del servizio di illuminazione, ma ciò non comportava che l'esercizio di detta opzione si traducesse automaticamente nella riqualificazione tecnologica della rete di illuminazione nel suo insieme, come avvenuto nel caso di specie per ragioni di mera convenienza economica dell'offerente e non in funzione degli obiettivi perseguiti dall'amministrazione con la gara in oggetto.

Di qui la decisione dell'amministrazione di non vincolarsi con un contratto ventennale, da ritenersi economicamente e tecnicamente non conveniente per l'interesse pubblico.

Pertanto è legittimo e ragionevole che non sia stato dato rilievo ai fini della valutazione dell'offerta formulata da Sinergie dei lavori relativi alla realizzazione dell'impianto fotovoltaico.

12.2- Ad avviso di Sinergie, il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo perché:

- non avrebbe potuto valutare la convenienza dei lavori, perché tale operazione non era prevista dal disciplinare;

- le lacune e le imprecisioni progettuali e le difformità del progetto rispetto alla normativa vigente rilevate dal RUP avrebbero potuto portare all'attribuzione di un minore punteggio dell'offerta tecnica e non ad un giudizio di inidoneità dell'offerta.

La censura muove dall'equiparazione della valutazione espressa dal RUP in applicazione dell'articolo 81, comma 3 del d. lgs. n. 163 del 2006 a quella della commissione in sede di gara.

La prospettazione è errata, atteso che le operazioni svolte dal RUP non verificano l'idoneità dell'offerta e la regolarità rispetto al disciplinare di gara, ma l'idoneità e la convenienza economica dell'offerta nel suo insieme.

Pertanto un'offerta ritenuta regolare ed idonea dalla commissione di gara può essere valutata non conveniente dall'amministrazione.

Infatti, come più volte rilevato dalla giurisprudenza, in aggiunta agli ordinari poteri di autotutela il terzo comma dell'articolo 81 del d. lgs. n. 163 del 2006 consente alla stazione appaltante di non aggiudicare l'appalto qualora ritenga che le offerte presentate non siano convenienti o idonee.

In tale ipotesi la mancata aggiudicazione del contratto non deriva dai vizi che inficiano gli atti di gara predisposti dalla stazione appaltante né da una rivalutazione dell'interesse pubblico che con essi si voleva perseguire, ma dipende da una negativa valutazione delle offerte presentate che, pur rispondendo formalmente ai requisiti previsti dalla *lex specialis* di gara, non sono ritenute dall'organo decidente idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2848; sez. III, 16 ottobre 2012, n. 5282; sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766).

Ne consegue la legittimità della determinazione del RUP perché consentita da normativa primaria e, comunque, fondata su ragioni obiettive e approfondite da esperto esterno all'amministrazione.

13.- Con il secondo motivo di appello Sinergie deduce l'erroneità della sentenza perché non avrebbe adeguatamente motivato sulla contestazione del provvedimento del RUP n. 6032 del 2014 di annullamento e revoca in via di autotutela del bando e della procedura di gara.

Contrariamente a quanto sostiene l'appellante la sentenza di primo grado è motivata, in quanto richiama a supporto motivazionale la "*rilevata non convenienza dell'unica offerta rimasta in gara*", a fronte della quale era inevitabile l'annullamento della procedura, in assenza di concorrenti cui aggiudicare la gara.

14.- Con il terzo motivo la società Sinergie ripropone la domanda risarcitoria già formulata davanti al TAR e deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato la domanda.

La domanda è infondata non sussistendone i presupposti, essendo legittima la determinazione dell'amministrazione di non aggiudicare la gara e di annullare in autotutela il bando e tutti gli atti di gara.

15.- Ugualmente infondata è la domanda subordinata volta ad ottenere almeno le spese sostenute per la partecipazione alla gara, quantificate in euro 40.000,00 a titolo di responsabilità precontrattuale.

Contrariamente a quanto deduce la società appellante il TAR si è pronunciato anche su questa domanda, avendo ritenuto che non sussistessero i presupposti per accogliere le istanze risarcitorie, intendendo tanto la domanda principale quanto la domanda subordinata.

Comunque la domanda è effettivamente infondata in fatto e diritto, atteso che il RUP nel non aggiudicare la gara ha esercitato il potere espressamente riconosciuto dall'articolo 81, comma 3 del d. lgs. n. 163 del 2006, circa la valutazione di convenienza dell'offerta.

E' di conseguenza destituito di fondamento il richiamo alla disposizione di cui all'articolo 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, non essendo applicabile tale disposizione ove, come nel caso in esame, la scelta di non aggiudicare la gara consegua alla valutazione della non convenienza dell'offerta (cfr. sul punto, Cons. Stato, sez. III, 16 ottobre 2012, n. 5282).

D'altra parte le spese sostenute per la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica non sono in via di principio rimborsabili, salvo che la revoca intervenga dopo l'aggiudicazione definitiva e sia motivata da esigenze sopravvenute imputabili esclusivamente alla stazione appaltante (cfr., Cons. Stato, IV, 15 settembre 2014, n. 4674; 7 febbraio 2012, n. 662; sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245).

Nel caso la mancata aggiudicazione all'unica concorrente rimasta in gara è dovuta a valutazioni di non convenienza dell'offerta, sicché non sussistono i presupposti per farsi luogo a qualsivoglia forma di risarcimento del danno.

Per le ragioni esposte l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio possono essere equamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2015

IL SEGRETARIO

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