



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 7294 del 2014, proposto dalla s.p.a. Cofely Italia, n proprio e quale capogruppo mandataria Rti, Rti s.p.a. Simtek, Rti s.p.a. Carbotermo, Rti s.p.a. Pvb Solutions, rappresentati e difesi dagli avvocati Paolo Sansone e Giorgio Fraccastoro, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giorgio Fraccastoro in Roma, via G.P. da Palestrina, n. 47;

contro

La Cpl Concordia Società Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Reggio D'Acì, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

nei confronti di

La Provincia di Alessandria, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Vella e Antonella Terranova, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonella Terranova in Roma, via Bertoloni, n. 14;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Piemonte, Sez. I n. 1320/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio energia;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cpl Concordia Società Cooperativa e della Provincia di Alessandria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2014 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Paolo Sansone, Giorgio Fraccastoro, Andrea Reggio D'Acì e Alberto Vella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel 2010 la Provincia di Alessandria indiceva una gara per l'affidamento del servizio di energia da erogarsi presso gli uffici dalla medesima gestiti.

All'esito della procedura, l'appalto veniva giudicato al R.T.I Cofely/Simtek/Carbotermo/PVB (d'ora in poi Cofely).

Avverso il provvedimento di aggiudicazione, la Cpl Concordia Società Cooperativa (d'ora in poi Concordia), seconda classificata, proponeva il ricorso n. 1003 del 2011 al Tar per il Piemonte, chiedendone l'annullamento.

Con la sentenza n. 1320 del 2014 il Tribunale adito accoglieva il gravame, disponendo il subentro della Concordia nel contratto medio tempore stipulato dall'Amministrazione provinciale con Cofely.

Il primo giudice riteneva meritevole di accoglimento il terzo motivo di ricorso, relativo alla violazione dell'articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, poiché non sarebbe

stata resa la dichiarazione da parte del cessato Presidente del consiglio di amministrazione della Cofely, sebbene munito di poteri di rappresentanza.

Avverso tale pronuncia, Cofely ha quindi interposto l'appello, in esame chiedendo il rigetto del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio la Concordia, chiedendo il rigetto dell'appello, siccome infondato, e formulando altresì un appello incidentale autonomo.

La Provincia di Alessandria, costituitasi in giudizio, ha viceversa chiesto l'accoglimento dell'appello, assumendone la fondatezza in diritto.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del giorno 11 novembre 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con i primi due mezzi di censura, che possono essere trattati congiuntamente attesa la loro connessione logico giuridica, l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, la quale ha ritenuto che il cessato Presidente della società (sig. Leblanc) avesse rivestito la qualità di amministratore munito di poteri di rappresentanza e, come tale, fosse tenuto a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del decreto legislativo n.163 del 2006, contrariamente a quanto è avvenuto.

L'appellante assume al riguardo che sia dallo statuto che dalla visura storica concernente gli organi della società emerge chiaramente come la sua rappresentanza spetti soltanto all'amministratore delegato o agli amministratori a cui tali poteri siano stati espressamente conferiti, e non compete invece al Presidente del consiglio di amministrazione (carica da cui era cessato il sig. Leblanc).

La sentenza appellata, pertanto, sarebbe *«inficiata dall'erronea applicazione e interpretazione.... dello statuto»*, assumendo implicitamente a suo presupposto *«che nel potere di gestione, riservato nel caso della società..... al consiglio di amministrazione, sarebbe incluso anche il potere di rappresentanza»*.

2. Ritiene la Sezione che la doglianza così riassunta sia fondata e vada accolta.

3. Osserva in via preliminare il collegio come la rappresentanza della società per azioni sia disciplinata dall'articolo 2328 del codice civile, secondo cui l'atto costitutivo di cui lo Statuto è parte integrante e prevalente deve indicare «9) *il sistema di amministrazione adottato, il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali fra essi hanno la rappresentanza della società*».

Il successivo articolo 2384 precisa, poi, che «*il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale. Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi*».

Nel caso delle società di capitali, pertanto, è lo statuto (parte integrante dell'atto costitutivo) ad individuare gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza: la rappresentanza, così attribuita, è inoltre di carattere generale.

3. Ciò posto, come risulta dalla documentazione versata in atti :

- l'articolo 21 dello statuto della Cofely, come modificato dall'assemblea del 30 aprile 2004, dispone espressamente che «*la rappresentanza legale della società, nonché la rappresentanza della società stessa di fronte ai terzi ed in giudizio e la firma sociale, nell'ambito dei poteri loro conferiti spettano all'Amministratore o agli Amministratori Delegati. 21.2 L'Amministratore Delegato o gli Amministratori Delegati, nell'ambito dei poteri rispettivamente spettanti, potranno nominare procuratori. 2.4. Ove siano stati conferiti poteri ad Amministratori e/o a Direttori..... spetta ad essi la firma sociale nell'ambito dei poteri stessi*»;

- la clausola statutaria in punto di attribuzione della rappresentanza legale, poi, è correttamente riportata anche nella visura storica della società, ove viene precisato che «*il Consiglio di Amministrazione è investito di più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società, senza eccezione di sorta ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali ritenga opportuni.... La rappresentanza della*

società spetta all'Amministratore delegato o qualora siano nominati più amministratori delegati a ciascuno di essi con firma singola»;

- nessuna indicazione di segno opposto, peraltro, si trae dall'esame delle disposizioni dello statuto che disciplinano il consiglio di amministrazione (artt. 18, 19 e 20), che si limitano ad attribuire a quest'ultimo i poteri di gestione, ma non quelli di rappresentanza;

- parimenti, la visura storica della società non attesta mai che il presidente del c.d.a. abbia poteri di rappresentanza o che il signor Leblanc abbia mai ricevuto la delega di poteri generali o specifici dal consiglio;

- le richiamate risultanze documentali, infine, sono ulteriormente comprovate dalla specifica certificazione notarile versata in atti, in cui viene attestato che, «*da verifiche effettuate presso... il registro delle imprese presso la CCLIA di Roma*», risulta che il Presidente Leblanc non ha mai avuto poteri di rappresentanza della società, competendo questi, ai sensi dell'articolo 21 dello statuto, all'amministratore o agli amministratori delegati. Da quanto ora esposto, emerge che il cessato presidente della Cofely (sig. Leblanc) non era oggettivamente dotato di poteri di rappresentanza e, come tale, non era tenuto alla dichiarazione di cui all'art. 38 del decreto legislativo n.163/2006, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice.

5. Ne a diversa conclusione può condurre il rilievo espresso nella gravata sentenza, secondo cui alla stregua delle previsioni statutarie «*il Consiglio di amministrazione e il presidente mantenevano i più ampi poteri amministrativi e rappresentativi*».

Tali poteri, infatti, si sostanziano in quelli di gestione della società e si differenziano nettamente dal potere di rappresentanza della società stessa che, come precisato, è oggetto di specifica e separata attribuzione di carattere aggiuntivo e non implicito o supposto.

In altri termini, non si può di certo ritenere che il conferimento di poteri di gestione al consiglio di amministrazione includa anche il potere di rappresentanza generale o

legale ove ciò non sia espressamente previsto dallo statuto (come non lo è stato nel caso di specie), come si evince chiaramente dalla lettura congiunta degli articoli 2328, secondo comma, e 2380 bis, del codice civile.

Infatti, ai sensi dell'articolo 2380 bis, sulla amministrazione della società, *«la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»*.

Per contro, l'articolo 2328, comma secondo, dispone che sia l'atto costitutivo, o lo statuto, ad individuare gli amministratori muniti di rappresentanza.

Pertanto, se gli amministratori sono comunque titolari del potere di gestione ai sensi dell'articolo 2380 bis, l'attribuzione del potere di rappresentanza è un *quid pluris* demandato alle previsioni statutarie, ai sensi dell'articolo 2328 del codice civile.

E nella specie, come già precisato, in conformità a tali previsioni il cessato presidente della Cofely (sig. Leblanc) non ha mai avuto poteri di rappresentanza della società, competendo questi ultimi, ai sensi del richiamato articolo 21, all'amministratore o agli amministratori delegati.

6. Va inoltre considerato decisivo, sul piano sostanziale, che l'Amministrazione provinciale ha prodotto in primo grado il certificato del casellario giudiziale rilasciato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Alessandria in data 24 giugno 2014, attestante che *«nulla risulta»* a carico del signor Leblanc.

E tale circostanza, che assume di per sé un oggettivo rilievo sotto il profilo del cosiddetto *«falso innocuo»*, non è stata apprezzata dal primo giudice sul dichiarato presupposto – in realtà erroneo – per cui non sarebbe stata data dimostrazione dell'*«assenza di precedenti penali a carico del signor Leblanc»*.

7. I primi due mezzi di gravame vanno quindi accolti.

8. Le censure testé esaminate hanno poi oggettivo carattere assorbente rispetto al terzo ed ultimo mezzo dell'appello principale – con il quale è dedotta l'erroneità della sentenza laddove, inconseguenza dell'accoglimento della censura formulata in primo

grado sulla violazione dell'art. 38 sopra richiamato, ha dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato tra la Provincia di Alessandria e la Cofely.

9. Per quanto sopra esposto, l'appello principale proposto dalla Cofely è fondato e, come tale, da accogliere.

10. Va esaminato pertanto l'appello incidentale proposto dalla Concordia, con cui viene contestata la gravata sentenza per essersi il Tar limitato ad accogliere in via assorbente il terzo motivo dedotto in primo grado, senza pronunciarsi sulle restanti censure, che vengono pertanto riproposte in questa sede.

11. Con il primo motivo, è riproposta la seconda censura dedotta con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, per la quale l'Ati Cofely doveva essere esclusa, non avendo la mandante Simtek dimostrato di possedere il requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.1 del bando di gara, ossia il possesso della certificazione di sistema di gestione ambientale conforme alle norme Uni En Iso 14001, né avendo comprovato in sede di offerta l'impiego di 'misure equivalenti'.

12. La censura è infondata.

13. Ed invero, come risulta dalla richiamata normativa del bando di gara, il possesso della certificazione in questione non è richiesto quale requisito indefettibile, potendo in alternativa il concorrente dimostrare l'impiego di *«misure equivalenti»*.

Ed in ordine alla possibilità di dimostrare l'eventuale impiego di 'misure equivalenti', la medesima normativa di gara non stabilisce modalità tipizzate, tassative o vincolate di prova e tanto meno le limita alle sole prove documentali dirette o alle prove consistenti in *«dichiarazioni provenienti da soggetti terzi, di riconosciuta indipendenza e di comprovata capacità tecnica ed esperienza professionale»*.

Per la prova di tale requisito, pertanto, la disciplina di gara ammette la rilevanza di ogni mezzo di prova ritenuto adeguato dai concorrenti e, quindi, la possibilità di utilizzare prove documentali indirette, tra cui rientrano anche le prove per

presunzioni disciplinate dall'articolo 2727 del codice civile, che rappresentano, appunto, anche esse un mezzo di prova.

Orbene, la mandante Simtek nella dichiarazione in data 5 ottobre 2010, allegata all'offerta e resa con le modalità di cui al d.p.r. n. 445 del 2000, ha attestato che la stessa *«opera già in materia di garanzia della qualità ed in materia di gestione ambientale per l'erogazione del servizio calore o similari con le misure ottemperanti ed equivalenti a quelle di cui alla norma Uni En Iso 14001»*.

Simtek, inoltre, ha allegato a tale dichiarazione presentata unitamente all'offerta:

- la comunicazione datata 5 ottobre 2010 della società di certificazione ICM, afferente alla certificazione Iso in corso di espletamento e, quindi, in corso da data precedente a quella di scadenza della presentazione delle offerte;
- il proprio Manuale del Sistema di Gestione Ambientale, secondo la norma Uni En Iso 14001.2004, adottato nel mese di luglio 2010.

Non v'è dubbio pertanto che Simtek, in sede di offerta, con tale dichiarazione e tale documentazione, oltre ad attestare il possesso del requisito di misure equivalenti, abbia reso un principio di prova del possesso medesimo alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, attraverso la documentazione probatoria allegata alla dichiarazione.

Peraltro, a seguito dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto avvenuta nella seduta del 4 maggio 2011, il raggruppamento Cofely è stato sottoposto a procedimento di verifica, come previsto dal disciplinare di gara.

Con nota n. 57749/2011, è stato pertanto richiesto al raggruppamento di produrre, fra l'altro, la *«documentazione idonea a comprovare che l'impresa mandante Simtek s.p.a. in materia di gestione ambientale per erogazione di servizio energia o gestione calore o servizi analoghi, impiega misure equivalenti a quelle di cui alle norme Uni En Iso 14001, come da dichiarazione resa in sede di gara»*.

A riscontro della richiesta, il raggruppamento ha fatto pervenire la «*certificazione di sistema di gestione ambientale conforme alle norme Uni En Iso 14001 per erogazione di servizi energia, gestione calore e servizi analoghi n. 0425A/0*» rilasciata alla Simtek dalla s.p.a. ICIM in data 23 dicembre 2010.

Quindi, a fronte di tale produzione, legittimamente l'Amministrazione ha considerato definitivamente comprovato l'impiego delle misure di gestione ambientale autocertificate dall'impresa in fase di presentazione dell'offerta, dovendosi ritenere la certificazione rilasciata poco più di due mesi - dopo la presentazione dell'autodichiarazione corredata dal relativo manuale - idonea a dimostrare l'applicazione delle relative misure da parte dell'impresa in questione già all'epoca della presentazione dell'offerta.

Il rilascio delle certificazioni attinenti ai sistemi di gestione aziendale avviene, infatti, a seguito di una visita ispettiva degli organismi di certificazione, volta ad accertare l'applicazione in atto da parte dell'azienda delle misure organizzative derivanti dalla normativa di riferimento.

Pertanto, risulta che all'epoca della presentazione dell'offerta la società già operasse utilizzando misure di gestione ambientale equivalenti a quelle di cui alle norme Uni En Iso 14001, altrimenti essa non avrebbe superato il controllo ispettivo né poi avrebbe ottenuto il rilascio della certificazione in questione.

14. Con il secondo motivo di appello incidentale, viene riproposta la seconda censura dedotta con il ricorso di primo grado, assumendo che l'ATI aggiudicataria doveva essere esclusa attesa la ritenuta nullità del contratto di avvalimento stipulato fra la mandataria Cofely (ausiliaria) e la mandante Simtek (ausiliata).

Ad avviso della Concordia, il contratto di avvalimento sarebbe nullo per carenza di una clausola di assunzione degli obblighi di tracciabilità, ai sensi della l. n. 136 del 13 agosto 2010.

15. La doglianza è infondata.

16. Ed invero, i soggetti che in base alla invocata legge n. 136 del 2010 sono tenuti all'applicazione della normativa sulla tracciabilità sono «*gli imprenditori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese*» (art. 3, comma 1).

Sono quindi da considerarsi assoggettati agli obblighi di tracciabilità il contratto di appalto ed i contratti di subappalto e subcontratti da questo derivati (art. 6, comma 1, d.l. n. 187/2010), stipulati dall'appaltatore con subappaltatori e fornitori e da questi ultimi con le imprese della cosiddetta filiera, che «*si intende riferita ai subappalti come definiti dall'articolo 118, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, 163, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto*» (art. 6, comma 2, d.l. n. 187/2010 cit.) .

Pertanto il contratto di avvalimento, non essendo il contratto d'appalto né un subcontratto da questo derivato (in quanto interviene antecedentemente in una fase procedimentale nella quale non esistono ancora né appalto né appaltatore, ma solo procedura di gara e concorrenti), non era riconducibile ai disposti di cui alla richiamata legge n. 136 del 2010.

In questo senso, del resto, si è specificamente espressa l'AVCP nel parere n. 17 del 2012, precisando che «*il contratto di avvalimento non debba contenere l'indicazione sulla tracciabilità dei flussi finanziari in quanto gli obblighi di cui all'art. 3 della legge 136/2010, volti a prevenire infiltrazioni criminali, concernendo una fase successiva a quella dell'ammissione alla gara, non riguardano i concorrenti non ancora appaltatori*».

La dedotta censura, quindi, va respinta.

17. Con il terzo motivo di appello incidentale, la Concordia reitera il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per i capi assorbiti, volto a contestare - quale ragione di esclusione - la omissione delle dichiarazioni ex art. 38 in relazione a taluni procuratori e precisamente al cessato procuratore della società Cofely signor Giorgio Giulianelli e alla procuratrice della società Coopservice, impresa ausiliaria, signora Roberta Forti.

18. La censura è infondata.

19. Ed invero, osserva il collegio come il disciplinare di gara si limiti a richiedere ai partecipanti di dichiarare «*che l'offerente non si trova in alcuna delle condizioni di esclusione dalle gare d'appalto di cui all'art. 38 D.lgs 163/2006*», senza specificazioni ulteriori.

Con riguardo poi alle società di capitali, viene richiesto di indicare esclusivamente le generalità degli «*amministratori muniti di poteri di rappresentanza*» in carica (punto 10 dell'autocertificazione annessa all'istanza di ammissione) e quelli cessati dalla carica nel corso dell'ultimo triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando (punto 13).

Nessuna dichiarazione o attestazione è stata pertanto richiesta in relazione ai procuratori delle imprese, ed in ogni caso la normativa di gara non dispone al riguardo alcuna sanzione comportante l'esclusione dalla procedura concorsuale.

Così, in assenza di una espressa richiesta della legge speciale di gara con riferimento ai procuratori, non può in linea di principio ritenersi ammissibile l'esclusione del concorrente per la sola omissione formale della dichiarazione di cui all'articolo 38 del codice dei contratti (residuando tale possibilità solo in caso di comprovata carenza dei requisiti di partecipazione).

In questo senso, del resto, si è espressa la più recente giurisprudenza di questo Consiglio, precisando che «quanto al profilo relativo all'omessa dichiarazione ex articolo 38 da parte dei procuratori, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, nella sentenza 16 ottobre 2013 n. 23, ha chiarito che qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima non potrà essere disposta per la mancata dichiarazione ex articolo 38, ma soltanto laddove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione» (cfr. Sez. IV, 26 marzo 2014, n. 1461).

Inoltre l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, con la decisione n. 16/2014, ha da ultimo sancito il principio di diritto per cui «*b) la dichiarazione sostitutiva relativa*

all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'articolo 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possono essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici; c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio"».

Pertanto, essendo state le procure depositate, i principi come sopra affermati dalla Plenaria si attagliano alla presente fattispecie.

A ciò aggiungasi che, per un verso, i due procuratori in questione erano e sono comunque privi di poteri gestori, come si evince dal testo delle rispettive procure (che non affidano agli stessi poteri generali e decisori sulla gestione della società, ma solo limitate a specifiche attività), per altro verso, che nessuna causa di esclusione considerata dall'articolo 38 sussiste, in concreto, per i due procuratori medesimi, risultando quindi la dedotta censura vieppiù priva di fondamento.

20. Con il quarto motivo di appello incidentale, la Concordia reitera il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, deducendo l'illegittimità del subprocedimento di verifica dell'anomalia ed il giudizio di congruità dell'offerta della aggiudicataria in quanto:

- nel procedimento di verifica non sarebbero state puntualmente rispettate le scadenze previste dall'art. 88 del codice dei contratti, per avere la stazione appaltante richiesto alla controinteressata di integrare una volta in più le precisazioni presentate alle giustificazioni;
- vi sarebbe stata una difformità fra il monte ore per l'attività di manutenzione previsto nell'offerta e quello considerato in sede di giustificazioni;
- vi sarebbe stato nel procedimento di giustificazione una rettifica, in diminuzione, dell'offerta.

21. La doglianza va respinta.

22. Ed invero, in relazione al primo profilo di censura la giurisprudenza di questo Consiglio, che il collegio pienamente condivide e fa propria, ha già avuto modo di precisare che *«l'art. 88 del d.lgs. 163 del 2006 prevede una scansione di natura dilatoria, i cui termini non possono essere inferiori a quelli ivi previsti. Ne consegue che nulla vieta... che la stazione appaltante assegni termini superiori..... Ritiene il collegio che la censura debba essere disattesa, alla stregua di un convergente dato: nè l'art. 88 citato, né il bando di gara nel delineare il procedimento di verifica dell'anomalia, prevedevano che vi fosse un limite preclusivo ed invalicabile nella richiesta di nuova ed ulteriore documentazione o chiarimenti alla offerente»* (cfr. Sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801).

Pertanto, nell'assenza di contrarie disposizioni della normativa di gara, la circostanza che l'Amministrazione abbia approfondito la fase di verifica dell'offerta dell'aggiudicataria, con una richiesta di chiarimenti ulteriore, non comporta di per sé alcun vizio di legittimità, essendo viceversa espressione del corretto agire amministrativo nel rispetto del principio di concorrenza.

22.1. Riguardo al secondo profilo di censura, l'appellante sostiene che le ore di manutenzione che l'Ati aggiudicataria avrebbe indicato nel progetto di manutenzione ammonterebbero a 16.704 all'anno, mentre quelle giustificate sarebbero 9.696 nel primo anno.

Il rilievo si fonda sul presupposto per cui:

- per la gestione dell'appalto lavorino n° 8 addetti impiantisti (n° 4 termoidraulici, n° 2 frigoristi e n° 2 elettricisti) ;
- tali otto addetti siano impiegati costantemente sul territorio provinciale per l'intero anno lavorativo e, quindi, per n. 16.704 ore lavorative.

Senonché, come correttamente controdedotto da Cofely, nel progetto offerta non viene specificamente indicato il monte ore annuo previsto per l'attività di manutenzione (non essendo tale indicazione richiesta dal disciplinare di gara), ma

solo prefigurato l'organico e l'orario tipo a disposizione per le attività di manutenzione da svolgere nel periodo di funzionamento degli impianti.

Pertanto, la tesi che Cofely abbia indicato nel proprio progetto offerta uno specifico monte di 16.704 ore annuo, necessario per le manutenzioni, è una tesi unilateralmente sostenuta dalla Concordia in via di interpretazione e di induzione, che non risulta oggettivamente condivisibile.

In ogni caso, va osservato come la medesima prospettazione, secondo cui tutti e otto gli addetti dovrebbero prestare la loro opera per tutto il periodo lavorativo di 261 giorni, sia oggettivamente non verosimile.

Infatti, come correttamente osservato dall'Amministrazione provinciale, gli impianti di produzione di calore sono in funzione dal 15 ottobre al 15 aprile dell'anno successivo e, quindi, sono fermi nei sei mesi residui; gli impianti di condizionamento sono invece in attività solo circa quattro mesi, da giugno a settembre, e tra l'altro unicamente negli uffici della Provincia e non nelle scuole (chiuso alle lezioni).

Pertanto, i quattro termoidraulici lavorano prevalentemente nei mesi "freddi" su tutti i locali da riscaldare, mentre i due frigoristi sono attivi nei mesi "caldi" e per solo una parte degli edifici da servire (gli uffici dell'Ente e non le scuole).

Ne consegue che il calcolo lineare operato dall'appellante- che suppone una presenza identica, massiva e costante lungo tutto l'anno di Frigoristi e Termoidraulici - in assenza di indicazioni non equivocabili nell'offerta (quale, ad esempio, una specifica tabella di presenze per i singoli mesi/settimane o per attività) si dimostra illogico e, come tale, inconducente.

22.2. Con riguardo al terzo profilo di censura, osserva il collegio come la contestata rettifica dell'offerta si sostanzia nel fatto che Cofely, nel quantificare costi e ricavi specificamente relativi alla fase successiva all'esecuzione degli interventi di riqualificazione, abbia documentato di potersi giovare di condizioni lievemente più favorevoli di quelle originariamente ipotizzate, quanto a oneri finanziari remunerati

al tasso del 3,9% (anziché del 4,7%) e al costo euro/Mwh termico per i plessi allacciati al teleriscaldamento della città di Aquì Terme (euro 92,38 in luogo di euro 96,1), ed abbia evidenziato una modesta diminuzione dei costi di manutenzione a valle degli interventi di sostituzione e di riqualificazione degli impianti.

Ciò posto, la limitata rettifica dei costi sopra specificata, accompagnata da adeguata documentazione, non può ragionevolmente essere considerata come una illegittima modifica dell'offerta.

Infatti, come più volte precisato dalla giurisprudenza di questo Consiglio, che il collegio condivide, *«il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro la attendibilità dell'offerta nel suo insieme: deve di conseguenza ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci..... dalla citata giurisprudenza si desume che ciò che si può consentire è : a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate; b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili»* (cfr. Sez. VI, 7 febbraio 2012, n. 636).

Così, nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la commissione non ha consentito alcuna sostanziale modifica alla stessa, come impropriamente sostenuto dall'appellante incidentale, ma ha invece ragionevolmente ritenuto di accettare, alla luce dei chiarimenti e della documentazione integrativa via via prodotta, talune modeste variazioni nella quantificazione delle voci di costo inizialmente esposte dall'impresa in sede di

dimostrazione della sostenibilità dell'offerta presentata, incidenti in misura assolutamente minima sull'importo totale dell'appalto.

E tali variazioni, per la loro incidenza economica assolutamente minima, non sono da considerarsi di per sé inammissibili, posto che le giustificazioni devono necessariamente fare riferimento alle condizioni di mercato in essere al tempo di effettuazione della verifica, senza che con ciò venga violato il principio dell'unicità dell'offerta.

Il profilo di censura in esame, pertanto, va respinto.

23. L'infondatezza dei quattro motivi dell'appello incidentale che precedono comporta l'infondatezza anche del quarto ed ultimo motivo volto ad ottenere il risarcimento per equivalente *«riferito al periodo in cui la... ricorrente non ha potuto e non potrà espletare l'appalto sino all'effettivo subentro»*.

24. L'appello incidentale è pertanto infondato e, come tale, va respinto.

25. Conclusivamente, per tutte le ragioni sopra esposte, l'appello principale va accolto con conseguente riforma della sentenza impugnata; l'appello incidentale va respinto, siccome infondato.

Pertanto, in riforma della sentenza del TAR, va respinto il ricorso di primo grado n. 1003 del 2011.

26. Attesa la peculiarità e la complessità della controversia, le spese dei due gradi di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti .

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone :

- accoglie l'appello principale n. 7294 del 2014 proposto dalla Cofely e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso n. 1003 del 2011, proposto in primo grado dalla Concordia;
- respinge l'appello incidentale proposto dalla Concordia.

Spese compensate dei due gradi.

Dispone che la s.p.a. Concordia rimborsi all'appellante l'importo effettivamente pagato a titolo di contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2015

IL SEGRETARIO

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