

N. 00825/2016REG.PROV.COLL.

N. 02896/2015 REG.RIC.

N. 02973/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2896 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Exitone Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Annalisa Di Giovanni, Alfredo Di Mauro, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, Via Santa Caterina Da Siena,46;

contro

Consip Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, Via Principessa Clotilde N.2;

nei confronti di

Gemmo Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella, Mario Sanino, Bruno Nascimbene, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;
Citelum S.A., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, Via Savoia 31 Int.2 (Nuovo Indir);

sul ricorso numero di registro generale 2973 del 2015, proposto da:
Citelum Spa in proprio e in qualità di Mandataria Rti, Cogei Srl, Exitone Spa, Ceie Power Spa, R Siram Srl, R Atlantico Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, Via Savoia N.31;

contro

Consip Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, Via Principessa Clotilde N.2;

nei confronti di

Gemmo Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Giancarlo Tanzarella, Bruno Nascimbene, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Exitone S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Di Mauro, Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, Via Santa Caterina Da Siena,46;

per la riforma

quanto al ricorso n. 2896 del 2015:

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 5722/2015 resa tra le parti, concernente affidamento servizio luce e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni

quanto al ricorso n. 2973 del 2015:

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 6366/2015, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio luce e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni - ris.danni

Visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e di Gemmo Spa e di Citelum S.A. e di Consip Spa e di Gemmo Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2015 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti gli avvocati Di Giovanni, Clarizia, Bruno, Tanzarella , Sanino e Bruno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla GUUE del 19/12/2012 veniva indetta da Consip una gara pubblica col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio luce e servizi connessi in favore delle pubbliche amministrazioni, articolata su vari lotti geografici.

Pr il lotto n.1 partecipavano alla gara il RTI Citelum (capogruppo) cui aderiva anche Exitone spa , il RTI Gemmo spa (capogruppo) e il RTI Enel Sole (capogruppo) e all'esito della stessa l'aggiudicazione avveniva in favore del RTI Gemmo , primo classificato con punti 82,374 cui seguiva il RTI Citelum con punti 80,851 e quindi Enel Sole con punti 74,501.

Exitone spa facente parte del raggruppamento secondo classificato impugnava innanzi al Tar del Lazio detta aggiudicazione unitamente alle operazioni di gara con richiesta altresì di risarcimento danni, denunciando fra l'altro l'avenuta violazione del principio di separatezza tra offerta tecnica ed offerta economica a causa dell'avenuto inserimento di dati economici nell'offerta tecnica da parte della concorrente Gemmo

Il Tribunale amministrativo con ordinanza n.5734/2014 rigettava l'istanza di sospensiva , pronuncia che era però riformata da questo Consiglio di Stato con ordinanza n.128/2015.

Veniva quindi pubblicato il dispositivo della sentenza di primo grado recante il rigetto del ricorso e avverso tale provvedimento giurisdizionale era proposto da Exitone appello ex art.119 c.pa. (rubricato al n. 2896/2015).

Interveniva infine la sentenza di merito n. 5722/2015 recante la motivazione del dispositivo di reiezione del ricorso di prime cure e avverso tale ultimo integrale *decisum* Exitone spa proponeva motivi aggiunti così articolati:

infondatezza della sentenza appellata con riferimento al rigetto del primo e secondo motivo di ricorso. Erroneità e contraddittorietà . difetto di motivazione : l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica da parte di Gemmo spa è assolutamente vietato e la violazione di una siffatta regola procedimentale avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara dell'attuale aggiudicataria ;

Infondatezza, erroneità e contraddittorietà della sentenza appellata con riferimento al rigetto del terzo motivo di ricorso concernente l'anomalia ;

Riproposizione dei motivi di ricorso di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello sia Consip che Gemmo spa.

Ha dispiegato intervento *ad adiuvandum* dell'appellante Citelum s.pa.

Tutte le parti hanno poi diffusamente illustrato le loro rispettive tesi difensive con apposite memorie anche di replica

Lo stesso iter processuale è stato seguito da Citelum s.p.a che in primo grado ha impugnato l'aggiudicazione della gara di che trattasi nonchè le operazioni della .stazione appaltante e che si è visto respingere il ricorso con sentenza del Tar del Lazio n. 6366/2015.

Così anche detta Società ha proposto avverso tale *decisum* appello ex art. 119 c.pa. e motivi aggiunti (ricorso n.2973/0125) a mezzo dei quali ha dedotto negli stessi termini, parimenti con tre mezzi d'impugnazione i medesimi profili di doglianza denunciati da Exitone con il proprio gravame, come sopra esposti e ai quali si rinvia.

Da parte loro Consip e Gemmo , nella qualità di stazione appaltante e soggetto aggiudicatario controinteressato si sono costituiti in giudizio per resistere alle appellanti mentre Exitone ha dispiegato intervento *ad adiuvandum* delle ragioni di Citelum capogruppo del RTI cui la stessa Società interveniente ha partecipato.

Le parti hanno altresì insistito nelle loro rispettive tesi difensive con specifiche memorie anche di replica .

All'udienza pubblica del 17 settembre 2015 i ricorsi all'esame sono stati introitati per la decisione.

DIRITTO

In primo luogo la Sezione deve disporre la riunione dei due ricorsi in appello in epigrafe indicati ai fini della decisione con un'unica sentenza , stanti le evidenti ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva, ai sensi dell'art.70 c.p.a.

Passando all'esame del primo dei predetti appelli Exitone già in primo grado e poi con le censure di cui il primo motivo del gravame originariamente qui instaurato, come integrato dal primo motivo aggiunto ha denunciato l'avvenuta violazione del principio della separazione tra offerta tecnica ed offerta economica e la conseguente mancata esclusione dalla gara di Gemmo spa che invece avrebbe dovuto essere disposta dalla stazione appaltante in applicazione di apposita previsione della disciplina di gara .

Il giudice di prime cure con l'impugnata sentenza ha ritenuto insussistente il vizio di carattere invalidante dedotto dalla Società ricorrente e tanto sulla scorta di una serie di considerazioni impiegate sull'assunto di una sostanziale irrilevanza della denunciata irregolarità .

Questa Sezione ritiene di non poter condividere osservazioni e prese conclusioni del Tar , meritando

i profili di doglianza dedotti al riguardo da Exitone positivo apprezzamento.

Il Disciplinare di gara ha previsto un preciso *iter* procedurale di svolgimento della gara stessa prevedendo in particolare che i concorrenti, in relazione al criterio di selezione (quello dell' offerta economicamente più vantaggiosa) dovevano presentare:

un' offerta tecnica , contrassegnata dalla busta B cui assegnare un punteggio tecnico ;

un' offerta economica , contrassegnata dalla busta C cui attribuire un punteggio economico.

Lo stesso Disciplinare poi al punto 2 pag. 14 ha precisato che "la presenza nella documentazione contenuta nella busta B di qualsivoglia indicazione (diretta o indiretta) di carattere economico costituisce causa di esclusione dalla gara" .

E' accaduto che Gemmo ha inserito nella busta B (offerta tecnica) una tabella recante indici economici inerenti il costo di acquisto dell'energia elettrica e tale inserimento costituisce ad avviso di parte appellante un "elemento spurio" che inficia la validità dell'offerta complessivamente avanzata dalla società qui appellata , il che avrebbe dovuto comportare la esclusione dalla gara della stessa concorrente a mente delle prescrizioni imposte dalla *lex specialis*, cosa non avvenuta

All'uopo è utile qui rilevare che la circostanza dell'inserimento dei predetti dati nell'offerta tecnica, quanto alla sua ontologica esistenza non è smentita o contestata dalle parti resistenti (Consip e Gemmo) che ne hanno piuttosto postulato la sostanziale irrilevanza ai fini del corretto svolgimento della gara sia sotto il profilo del rispetto dei principi di segretezza dell'offerta sia sotto il profilo della non alterazione dell'offerta e della par condicio dei concorrenti.

Ciò detto, come più volte osservato dalla giurisprudenza (Cons. Stato Sez. V 11/5/2012 , idem 21/3/2011 n.1734; 23/1/2007 n. 196; 11/5/2006 n. 2612; 31/12/1998 n. 1996; n. 3962/2001) nei casi in cui la procedura di gara (come nel caso dell'aggiudicazione dell'appalto con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase della valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica , il principio della segretezza comporta che , fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche , le offerte economiche devono restare segrete , dovendo essere interdetta al seggio di gara la conoscenza degli elementi economici e , in particolare, delle percentuali di ribasso , proprio per evitare ogni influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica.

Il principio di segretezza dell'offerta economica è presidio dell'attuazione della regola costituzionale della imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* , garantendosi così la libera valutazione dell'offerta tecnica

Viene quindi in rilievo, nell'ambito della problematica giuridica qui sollevata, *in primis* la tutela del principio di segretezza che non può non essere integrale nel senso cioè che occorre evitare che esso sia esposto a rischio di lesione.

Così la sola possibilità di conoscere gli elementi attinenti l'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica sì da poterne sortire un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una delle offerte complessivamente considerate (Cons. Stato Sez. V 2/10/2009 n. 6007) e tale possibilità, anche solo eventuale, va ad inficiare la regolarità della procedura (cfr Cons. Stato Sez. V 25/5/2009 n. 3217)

Si tratta dell'applicazione di principi generali rispetto ai quali non era necessaria peraltro una specifica previsione del bando di gara , impingendo la questione su parametri anche costituzionali di immediata applicazione (cfr Cons. Stato Sez. V 8/9/2010 n. 6509).

Ad ogni modo il divieto di riportare nella offerta tecnica dati economici è stato inequivocabilmente sancito dalla previsione recata dal Disciplinare di gara al punto 2 , norma che in termini oltremodo tassativi impone l'assenza di qualsiasi indicazione (diretta o indiretta) di carattere economico nella busta B (quella dell'offerta tecnica).

Appare evidente come la già descritta prescrizione della *lex specialis*, accompagnata dalla espressa previsione della esclusione dalla gara, per la sua portata rafforzativa e cogente (come evincibile dall'inequivoco tenore letterale) non lascia margine alcuno in ordine alla possibilità di veicolare nell'offerta tecnica dati di tipo economico di qualsiasi genere.

Occorre allora dare atto che l'avvenuto inserimento degli elementi economici in busta B costituisce violazione di una inibitoria imposta *ex lege* dai principi costituzionali, prescritta espressamente dalla *lex specialis* e che va a ledere la tutela della regola della segretezza, inficiando l'*iter* procedurale della gara.

Gli aspetti esegetici testè illustrati solo apparentemente sembrano far leva su una constatata violazione di tipo formale, ma in realtà attengono alla ineludibile esigenza di assicurare il corretto snodarsi dell'*iter* procedurale su cui si articola la gara secondo l'ordine logico e cronologico delle due distinte fasi di valutazione delle varie offerte ed è tale obiettivo intrinseco valore che nella specie risulta essere stato inosservato.

Le considerazioni sin qui esposte per il carattere oggettivo ed intrinseco della rilevata violazione esonerano dall'incombenza di una indagine volta a verificare in concreto se la preventiva conoscenza di dati economici consente o meno di ricostruire l'offerta economica di Gemmo spa .

Al riguardo entrambe le difese delle parti resistenti insistono sulla tesi interpretativa della valenza esclusivamente sostanziale della clausola di divieto di commistione tra dati tecnici ed economici, sull'assunto che una offerta tecnica si può considerare spuria solo se gli elementi economici ivi esposti o dalla stessa desumibili sono idonei a risalire in via anticipata al contenuto dell'offerta economica, cosa che nella specie non sarebbe possibile.

Anche a voler seguire il ragionamento per cui la commistione tra offerta tecnica ed economica non va inteso in senso assoluto dovendosi fare riferimento al parametro di giudizio costituito dalla concreta conclusione dei dati economici in quanto anticipatori della conoscenza dell'offerta economica , nella specie non è da escludere che dagli elementi

economici indicati dall'aggiudicataria nella "inappropriata" sede dell'offerta tecnica (busta B) possa derivare un possibile effetto alterativo dell'offerta complessivamente resa .

Gemmo ha inserito nell'offerta economica una tabella contenente le proiezioni dei costi di approvvigionamento dell'energia elettrica, ma detti indicatori economici non appaiono consustanziali alla formulazione dell'offerta tecnica e neppure strumentali ai fini di una migliore comprensione e/o lettura dell'aspetto tecnico dell'offerta .

Il disciplinare di gara richiedeva al paragrafo A.2.2 pag 38 quale elemento di valutazione dell'offerta tecnica " la logistica di approvvigionamento energetico : modalità di approvvigionamento dell'energia elettrica" e sotto tale "voce" Gemmo ha inserito i dati economici costituiti dalle risultanze di uno studio commissionato dalla stessa aggiudicataria all'istituto di ricerche economiche REF in cui si ipotizzano per il periodo 2013- 2014 , in base al PUN (prezzo unico dell'energia) gli andamenti di tale prezzo

Ebbene l'indicazione di tali valori numerici può refluire in ragione dei puntuali riferimenti di carattere economico su un elemento valutativo della gara, quello del prezzo di acquisto dell'energia elettrica che rappresenta pur sempre il 70% dei costi per l'erogazione del servizio richiesto alle concorrenti e questo sta a significare che dalla lettura di tali dati si poteva ipotizzare il prezzo di acquisto da porre a base dell'offerta .

Ora è evidente che dalla esposizione di detti elementi non è possibile risalire alla percentuale di ribasso praticato da Gemmo, concorrendo al riguardo altri fattori economici di incidenza , nondimeno è ragionevole ritenere che i dati di tipo economico consentano la formazione di un orientamento su quella che poteva essere verosimilmente l'offerta economica finale e tale circostanza è di per sé idonea, ancorchè in termini di ipotetica possibilità, a condizionare il processo valutativo della Commissione in ordine all'offerta tecnica.

D'altra parte la previsione relativa all'offerta tecnica (paragrafo A.2.2) atteneva all'aspetto logistico di approvvigionamento energetico ai fini della dimostrazione della idoneità tecnica e di per sé non richiedeva l'esposizione di dati che anche a voler definire macroeconomici e/o attinenti le proiezioni di mercato dei prezzi di fornitura di energia si pongono comunque al di fuori dall'ambito di operatività della suddetta prescrizione e in ciò non può non ravvisarsi una sorta di sviamento da parte della concorrente che ha introdotto degli elementi estranei all'offerta tecnica , dal che si evidenzia come l'anticipazione di dati economici nell'offerta tecnica non può essere ritenuta irrilevante e può, sia pure in ipotesi, influenzare il giudizio della Commissione di gara relativamente all'offerta tecnica da vagliare

Conclusivamente anche avuto riguardo ai profili sostanziali della vicenda la fattispecie all'esame rientra pienamente nell'ambito applicativo del principio del divieto di inclusione nell'offerta tecnica di elementi appartenenti all'offerta economica , come elaborato dalla giurisprudenza e come imposto tassativamente da specifica clausola della *lex specialis* di gara , rendendo illegittimo il *modus operandi* della stazione appaltante nella parte in cui non ha escluso dalla gara l'offerta presentata da Gemmo spa.

I rilievi formulati dalla parte appellante circa la illegittima mancata esclusione dalla gara dell'offerta di Gemmo si rivelano perciò fondati e comportano l'accoglimento del proposto gravame, senza che sia necessario procedere alla disamina agli altri motivi di censura (attinenti la questione dell'anomalia dell'offerta) che rimangono perciò assorbiti.

La condotta *contra legem* tenuta dalla stazione appaltante fondatamente denunciata dalla parte appellante comporta l'accoglimento integrale delle altre due domande pure formulate in conseguenza della denunciata irregolarità e cioè la condanna di Consip al risarcimento del danno in forma specifica con il subentro del RTI Citelum (cui partecipa Exitone) nel contratto di appalto di che trattasi e la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato da Consip con la Società aggiudicataria (Gemmo spa) in data 22/12/2014.

L'altro appello in rassegna, quello proposto da Citelum spa (rubricato al n. 29/3/2001) riguarda sempre per la stessa gara e nei confronti della predetta Gemmo e in proposito valgono le osservazioni e conclusioni sopra esposte, tenuto conto che anche qui le statuizioni rese con la sentenza oggetto di gravame (la n.6366/2015) risultano affette dal vizio di erroneità fondatamente ivi dedotto in maniera del tutto analoga a quanto già denunciato con l'analogo ricorso da Exitone , sopra esaminato.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese di causa seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando, riunisce gli appelli in epigrafe indicati e li accoglie e, per l'effetto, in riforma delle impugnate sentenze, accoglie i ricorsi di primo grado proposti da Exitone spa e da Citelum spa (meglio specificati in epigrafe), annulla l'aggiudicazione definitiva, dichiara l'inefficacia del contratto e dispone il subentro del RTI Citelum nel contratto relativo all'appalto per cui è causa.

Condanna Consip e Gemmo Spa al pagamento delle spese del doppio grado del giudizio che si liquidano complessivamente in euro 8.000 (ottomila/00) o nella misura di 4.000,00 euro a carico di ciascuna delle parti soccombenti sopra indicate .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2016

IL SEGRETARIO

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