

Publicato il 10/03/2017

N. 00094/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00294/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 294 del 2016, proposto da:
Pietro Fiorentini S.p.A. Anche Quale Mandataria del R.T.I. con
So.Sel S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli Avvocati Giovanni Sala, Marta Bassanese
e Andrea Soncini, con domicilio eletto presso il terzo, in Parma,
stradello Boito n. 1;

contro

Iren S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'Avvocato Giancarlo Cantelli presso il
quale elegge domicilio, in Parma, strada della Repubblica n. 95;

nei confronti di

Metersit S.r.l. anche Quale Mandataria del R.T.I. con Barbagli S.r.l.,
in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli Avvocati Filippo Brunetti e Maria Buquicchio, con

domicilio eletto presso l'Avv. Michele Baroc, in Parma, strada Conservatorio;

per l'annullamento

- del provvedimento del Direttore approvvigionamenti logistica e servizi di Iren S.p.a. del 30/9/2016 (prot. IR008986-2016-A del 3/10/2016; nella parte in cui ha aggiudicato la procedura di Accordo quadro per la fornitura e installazione di gruppi di misura GAS (smart meters) classe G4, G6, G10 suddiviso in due lotti, attribuendo il lotto n. 1 gara 9085 al costituendo RTI Metersit/Barbagli, anziché al costituendo RTI Pietro Fiorentini/So.Sel; - per quanto necessario, della errata corregge quesito 6 precedentemente pubblicato pubblicata il 20/7/2016, nel portale della procedura, tra le risposte a quesiti di interesse generale nella quale è stato previsto che qualora un'impresa ottenga il miglior punteggio su entrambi i lotti, le verrà assegnato il lotto che determina la combinazione di punteggi più conveniente per Iren, ponderati in base all'importo a base d'asta dei lotti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Iren S.p.A. e di Metersit S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2017 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Bando datato 22 giugno 2016 IREN S.p.A. indiceva una procedura di gara aperta suddivisa in 2 lotti per la sottoscrizione di un *“accordo quadro per la fornitura e installazione di gruppi di misura gas G4, G6 E G10 comprese attività di back office per la programmazione e la consuntivazione degli interventi”* della durata di mesi 15 per un valore stimato degli acquisti per l'intera durata contrattuale pari a € 9.998.650,00 per il lotto 1 e € 3.591.000,00 per il lotto 2.

Al fine di delimitare il campo d'indagine di interesse ai fini del presente giudizio si anticipa che ai sensi dell'art. 2 del Disciplinare di gara l'offerta poteva essere presentata relativamente ad entrambi i lotti ma con la possibilità di aggiudicarsene uno solo.

Quanto al criterio di aggiudicazione, l'art. 3, punto 3, del Disciplinare prevedeva che l'appalto venisse aggiudicato mediante il *“criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (ex art. 95 c. 2 del D. Lgs. n. 50/2016), secondo i seguenti criteri principali: 1) OFFERTA ECONOMICA: 70 punti 2) OFFERTATECNICA: 30 punti”* procedendo alla redazione di due distinte graduatorie (una per ciascun lotto).

In data 12 luglio 2016 IREN con atto recante *“Risposte a quesiti di interesse generale”*, chiarendo le modalità in base alle quali si sarebbe proceduto all'aggiudicazione dei lotti nel caso in cui con riferimento ad entrambi si fosse posizionato al primo posto il medesimo partecipante, precisava che si sarebbe proceduto *“all'assegnazione partendo dal lotto di importo più alto, pertanto qualora la medesima impresa risulti miglior offerente su entrambi i lotti, le verrà assegnato il lotto 1 (di importo più alto)”*.

In data 20 luglio 2016, all'approssimarsi dello spirare del termine utile per la presentazione delle domande fissato per il 28 successivo,

IREN pubblicava una *errata corrige* cassando il suesposto chiarimento e prevedendo che *“qualora un’impresa ottenga il miglior punteggio su entrambi i lotti, le verrà assegnato il lotto che determina la combinazione di punteggi più conveniente per Iren. I punteggi utilizzati per il calcolo della combinazione dei punteggi sono ponderati in base all’importo a base di gara dei lotti”*.

Con *mail* del 22 luglio 2016 la ricorrente rappresentava a IREN che il chiarimento, nella versione da ultimo illustrata, appariva *“incomprensibile”* e chiedeva di riformularlo differendo il termine di presentazione delle domande *ex art. 79, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016*.

In applicazione della citata norma (che disciplina gli adempimenti delle stazioni appaltanti in presenza di integrazioni della disciplina di gara) IREN posticipava il termine in questione al 29 agosto 2016.

All’esito delle operazioni valutative, nella seduta del 13 settembre 2016, la Commissione di gara procedeva alla sommatoria dei punteggi tecnici ed economici attribuiti alle offerte stilando le graduatorie che vedevano la ricorrente posizionarsi al primo posto in entrambi i lotti e *“fatte salve successive verifiche della correttezza della formula”* (v. relativo verbale) proponeva di aggiudicare alla medesima il lotto 1 e a MeterSit, odierna controinteressata, il lotto 2.

Terminata la fase pubblica della seduta la Commissione procedeva senza soluzione di continuità alle verifiche del caso in seduta riservata riesaminando *“la formula utilizzata per scegliere il lotto da aggiudicare”* e rettificandola *“in quanto errata”*.

In applicazione della nuova formula (che veniva allegata al verbale) proponeva di aggiudicare il lotto 1 a MeterSit ad un prezzo

complessivo di € 6.893.708,60 e il lotto 2 alla ricorrente ad un prezzo pari a € 2.067.538,60.

La ricorrente impugnava i suesposti esiti concorsuali deducendo l'illegittima applicazione della *lex specialis* di gara; in subordine (e solo nel caso in cui la *errata corrige* dovesse intendersi integrativa della disciplina di gara), sotto un primo profilo, l'errata applicazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016 imputando a IREN di aver fatto un'anomala applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, una volta ripartita la gara in più lotti, non consentirebbe di fare commistioni fra i due segmenti concorsuali e, sotto altro profilo, la violazione del 6° comma della medesima disposizione normativa laddove prevede che l'aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa avvenga sulla base di "*criteri oggettivi*".

IREN e MeterSit si costituivano in giudizio eccependo in via pregiudiziale la tardività del ricorso per mancata tempestiva impugnazione della *lex specialis* così come integrata dalla *errata corrige*, nonché, l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse poiché diretto ad ottenere la disapplicazione da parte del giudice dell'unica clausola di gara (la *errata corrige*) che a fronte del delineato esito (la stessa concorrente classificata al primo posto in entrambi i lotti) consentirebbe di procedere alle aggiudicazioni dei lotti (interesse proprio della ricorrente che mira all'aggiudicazione del lotto 1 e non anche all'annullamento della procedura). Nel merito affermavano la legittimità degli esiti impugnati chiedendo la reiezione del ricorso.

Nella camera di consiglio del 30 novembre 2016, con ordinanza n. 179/2016 veniva respinta l'istanza di sospensione per difetto del *periculum in mora*.

Le parti (ricorrente, resistente e controinteressata) rassegnavano le rispettive conclusioni con memorie depositate il 20 febbraio 2017 e replicavano alle tesi avversarie con memorie depositate il 24 (IREN e MeterSit) e il 25 (la ricorrente) febbraio 2017.

All'esito della pubblica udienza dell'8 febbraio 2017 la causa veniva decisa.

Preliminarmente deve essere rigettata l'eccezione di tardività sollevata dalle resistenti per omessa tempestiva impugnazione del chiarimento da ultimo intervenuto.

Riconosce il Collegio che il criterio in questione e la formula con il medesimo introdotta rendeva immediatamente evidente che in caso di posizionamento di un medesimo concorrente al primo posto delle graduatorie di entrambi i lotti non fosse garantita l'assegnazione a quest'ultimo del lotto di maggior valore.

Tuttavia, precedentemente alla conclusione delle operazioni di gara, non poteva configurarsi alcuna lesione in capo alla ricorrente poiché l'applicazione della clausola contestata si presentava come del tutto eventuale e condizionata al verificarsi di un evento futuro e per nulla certo (posizionamento al primo posto di un medesimo concorrente in entrambi i lotti).

Una lesione della sfera giuridica della ricorrente quale conseguenza dell'applicazione della clausola non può manifestarsi che al momento in cui, verificatasi al condizione astrattamente prevista, alla concorrente prima classificata viene aggiudicato il lotto di minor

valore: momento rispetto al quale l'odierna impugnazione deve considerarsi tempestiva.

Sempre in via preliminare deve procedersi allo scrutinio dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalle resistenti eccependo il difetto di interesse al ricorso della ricorrente in relazione alla specifica domanda formulata in giudizio.

Rilevano le resistenti che la disciplina di gara presentava una oggettiva lacuna laddove, dopo aver previsto l'impossibilità di aggiudicare entrambi i lotti alla medesima concorrente, non prevedeva l'ipotesi, poi verificatasi, di un identico esito relativamente ad entrambi i lotti appaltati.

L'annullamento della *errata corrige*, pertanto, non comporterebbe l'applicazione del criterio specificato in sede di primo chiarimento (invocato dalla ricorrente poiché le attribuirebbe il lotto di maggior valore) ma determinerebbe l'inesistenza di un criterio applicabile con impossibilità di procedere all'aggiudicazione di entrambi i lotti.

L'eccezione è fondata.

La Stazione appaltante procedeva alla suddivisione in lotti della fornitura oggetto del presente giudizio in applicazione dell'art. art. 51, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016 a norma del quale *“nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali?”*; del comma 2 ove dispone che *“le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti?”* e della prima parte del comma 3 per il quale *“le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere*

aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare'.

Tuttavia, la disciplina di gara non era conforme a quanto disposto nella seconda parte del terzo comma della medesima disposizione normativa laddove dispone che *“nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo”.*

La previsione di un criterio che regolasse l'eventualità in commento era quindi, sotto un primo profilo, doverosa in quanto imposta dalla norma; sotto altro profilo, la relativa scelta rientrava nella piena discrezionalità della Stazione appaltante.

Ciò premesso deve rilevarsi che l'annullamento del criterio specificato da IREN per l'individuazione del lotto da aggiudicare al primo classificato in entrambi i lotti (la *errata corrige*) non potrebbe in ogni caso determinare l'aggiudicazione del lotto 1 alla ricorrente poiché una volta espunta la clausola contestata non residuerebbe nella *lex specialis* di gara un diverso criterio in base al quale procedere. Né è invocabile, a seguito di annullamento della *errata corrige*, l'applicabilità del chiarimento cronologicamente precedente poiché, a tacere del fatto che veniva posto nel nulla dalla successiva integrazione (il cui eventuale annullamento non ne determinerebbe comunque la riviviscenza), ai sensi della seconda parte del già richiamato comma 3 dell'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016 il criterio in esame deve essere contenuto nella disciplina di gara (*“Nei medesimi documenti di gara [le Stazioni appaltanti, ndr.] indicano ...”* con la

conseguenza che, in assenza di una originaria previsione nella *lex specialis*, non può che procedersi con una espressa integrazione della stessa.

Integrazione che, introducendo elementi nuovi suscettibili di determinare una diversa formulazione delle offerte, richiede il ricorso alla procedura di cui all'art. 79, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016 che, in presenza di simili ipotesi, dispone che “*le stazioni appaltanti prorogano i termini per la ricezione delle offerte in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte nei casi seguenti: ... b) se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara*”.

Non vi è dubbio che un criterio incidente sulla individuazione dell'aggiudicatario in presenza di uno dei possibili esiti concorsuali non possa che considerarsi una modifica e/o integrazione significativa dei documenti di gara nei sensi di cui alla norma richiamata.

Ne deriva che l'eventuale annullamento della contestata integrazione non avrebbe potuto in ogni caso far rivivere il precedente chiarimento poiché aderendo a tale tesi si ammetterebbe la astratta possibilità di aggirare l'illustrata disposizione normativa mediante integrazioni postume della *lex specialis*.

La Stazione appaltante, pertanto, in caso di accoglimento della domanda di parte ricorrente, si troverebbe nella condizione di non poter procedere all'aggiudicazione dei lotti causa l'assenza nei documenti di gara di uno specifico criterio applicabile la caso di specie.

Fatta tale premessa deve rilevarsi che come affermato dalla più recente giurisprudenza “*nel processo amministrativo la sussistenza*

dell'interesse [a ricorrere, ndr] implica la necessità che lo stesso sia valutato in concreto, al fine di accertare l'effettiva utilità che può derivare al ricorrente dall'annullamento degli atti impugnati, così che deve essere dichiarata inammissibile (art. 35, comma 1, lett. b), Cod. proc. amm.) per carenza di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica, non afferente ad aspetti sostanziali o formali mirati alla rinnovazione della gara stessa, se da una verifica a priori (c.d. prova di resistenza) non risulti con sufficiente sicurezza che l'impresa ricorrente possa risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso (cfr., di recente, Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5696; 8 settembre 2015, n. 4209; 5 febbraio 2014, n. 571)” (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1495).

Aderendo invece alla tesi di parte ricorrente l'esito dalla medesima auspicato risulterebbe paradossalmente contrastante con il proprio interesse poiché la stessa, che non chiedeva l'annullamento della gara (come ribadito a pag. 6 della memoria datata 20 febbraio 2017) è comunque risultata aggiudicataria di un lotto.

Per quanto precede il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

Il ricorso sarebbe, in ogni caso, infondato nel merito.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la “*violazione di legge per falsa o omessa applicazione, o illegittima disapplicazione, della lex specialis di gara, e segnatamente del disciplinare di gara*” in ragione della applicazione della errata corrige del 20 luglio 2016 che, si sostiene, avrebbe potuto contribuire all'interpretazione della disciplina di gara ma non anche integrarla o modificarla.

La funzione dei chiarimenti, rileva la ricorrente, veniva specificata al punto 4 del Disciplinare (pag. 12) laddove si precisa che “*eventuali richieste di chiarimenti in merito alla procedura e alla documentazione di gara*

sono da inviare all'indirizzo Appalti_AA@gruppoiren.it. IREN S.p.A. garantisce risposte solo alle richieste che perverranno entro il quarto giorno antecedente alla scadenza per la presentazione dell'offerta. Le risposte ai quesiti, se ritenute di interesse generale, saranno altresì pubblicate sul www.gruppoiren.it nella sezione relativa alla presente procedura”.

Da tale previsione non sarebbe dato intendere che fosse possibile integrare la *lex specialis*.

La ricorrente rileva ulteriormente che la gara era suddivisa in due lotti molto differenti fra loro tanto da integrare due diverse gare tanto che venivano previste, come anticipato, due distinte graduatorie per ciascun lotto.

Ciò nonostante all'esito delle operazioni concorsuali la Stazione appaltante avrebbe aggiudicato una gara del tutto diversa poiché anziché due distinte graduatorie veniva stilata un'unica graduatoria per combinazioni ponderate in relazione alla quale le due graduatorie di lotto fungerebbero da mera base per una futura elaborazione.

Il motivo è infondato.

La possibilità di integrare la disciplina di gara è implicitamente riconosciuta dal più volte richiamato art. 79 del Codice dei contratti che detta precise disposizioni applicabili ogni qual volta si sia in presenza di “*modifiche significative ai documenti di gara*” prevedendo, a tutela dell'interesse dei concorrenti ad elaborare una ponderata offerta, il differimento del termine di presentazione delle domande

Nel caso di specie, come anticipato, la Stazione appaltante vi procedeva in presenza di una oggettiva lacuna della *lex specialis* e nel pieno rispetto della norma.

La legittimità della disposta integrazione neutralizza la successiva doglianza di parte ricorrente circa la pretesa alterazione del tipo di

gara originariamente indetta (in quanto non più suddivisa in lotti) poiché la definizione dell'architettura concorsuale rientra nella piena discrezionalità della Stazione.

Per le medesime considerazioni deve ritenersi infondato anche il secondo motivo di ricorso con il quale la ricorrente deduce che la errata corripse avrebbe eluso la prevista separazione fra le aggiudicazioni dei due diversi lotti in violazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016 (*“le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96”*).

In ogni caso, anche quando la ricorrente volesse far valere un interesse alla conservazione della originaria configurazione della gara, avrebbe dovuto agire tempestivamente impugnando la clausola che, a proprio parere, la alterava poiché, come già evidenziato, l'integrazione contestata rendeva immediatamente percepibile che gli esiti concorsuali di ciascun lotto avrebbero esplicato effetti (al ricorrere della condizione prevista) su entrambe le aggiudicazioni.

Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione sotto altro profilo dell'art. 95 del Codice e la violazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità di cui all'art. 3 della medesima fonte normativa.

A sostegno della censura allega che il comma 6 del citato art. 95 dispone che *“i documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In*

particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto".

Evidenzia, infine, l'irragionevolezza della formula che poteva trovare applicazione solo nel caso in cui anche al secondo posto delle due graduatorie di lotto si fosse classificato il medesimo concorrente.

Le suesposte doglianze sono infondate.

Deve in primis evidenziarsi che la ricorrente, a seguito dell'intervenuto chiarimento/integrazione (che, come anticipato, determinava uno slittamento del termine utile per la presentazione delle domande di partecipazione) presentava le proprie offerte per entrambe i lotti.

Tale circostanza smentisce la dedotta incomprendibilità o mancanza di oggettività della clausola che, peraltro, se fosse stata tale da impedire la stessa formulazione di un'offerta calibrata avrebbe determinato un onere di immediata impugnazione.

La clausola, infatti, sebbene non potesse rendere prevedibili gli effetti della sua applicazione in termini di individuazione del vincitore di ciascun lotto (incertezza, peraltro, propria di qualunque gara prima della relativa conclusione), consentiva di comprendere attraverso quale procedimento si sarebbe arrivati ad aggiudicare i due lotti senza dare alcuna garanzia al vincitore per entrambi di conseguire l'aggiudicazione del primo.

A nulla rileva di per sé, inoltre, la circostanza che in applicazione del censurato criterio IREN affronterà un costo superiore di circa € 500.000,00 poiché avendo indetto una gara da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la "*maggior convenienza*" che intende perseguire con la adottata errata *corriges* non

può essere limitata alla considerazione dei soli aspetti economici ma anche di quelli qualitativi (la superiorità qualitativa dei dispositivi forniti dalla controinteressata non è contestata in giudizio).

Affermata ma non comprovata è, infine, la dedotta inapplicabilità della formula nel caso in cui il concorrente secondo classificato non fosse unico per entrambi i lotti atteso che il criterio prevede la considerazione dei punteggi attribuiti e quindi è neutro rispetto all'identità del concorrente.

Per quanto precede il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

La particolarità e novità delle questioni oggetto del presente giudizio e l'assenza di univoci riferimenti giurisprudenziali determina la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Anna Maria Verlengia, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Poppi

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO