

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60, 74 e 120, comma 6, c.p.a.
sul ricorso numero di registro generale 467 del 2017, proposto dalla Sinergie S.p.A., in persona del Presidente del Consiglio d'amministrazione, dott. Michele Petrone, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Domenichelli, Paolo Neri ed Alessandro Righini e con domicilio stabilito ex lege presso la Segreteria del T.A.R., in Venezia, Cannaregio, nn. 2277/2278

contro

Provincia di Padova, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ferasin e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Silvia Rosina, in Venezia-Mestre, via Mestrina, n. 6

nei confronti di

Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, dott. Luigi Bernardi ed ing. Luca Bracchitta, rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Adriano Raffaelli, Enrico Attili, Antonio Pavan e Riccardo Bertani e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Curato, in Venezia, p.zza Roma, n. 468/B

sul ricorso numero di registro generale 509 del 2017, proposto dalla Cristoforetti Servizi Energia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Bruno Cristoforetti, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Bertazzolo, Elisa Toffano e Margherita Bonifacio e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Venezia, Dorsoduro, n. 2420

contro

Provincia di Padova, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ferasin e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Silvia Rosina, in Venezia-Mestre, via Mestrina, n. 6

nei confronti di

Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, dott. Luigi Bernardi ed ing. Luca Bracchitta, rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Adriano Raffaelli, Enrico Attili, Antonio Pavan e Riccardo Bertani e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Curato, in Venezia, p.zza Roma, n. 468/B

e con l'intervento di

Sinergie S.p.A., in persona del Presidente del Consiglio d'amministrazione, dott. Michele Petrone, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Domenichelli, Paolo Neri ed Alessandro Righini e con domicilio stabilito ex lege presso la Segreteria del T.A.R., in Venezia, Cannaregio, nn. 2277/2278

1) con il ricorso R.G. n. 467 del 2017:

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione e previe misure cautelari monocratiche,

- della determinazione dirigenziale della Provincia di Padova n. 298 del 7 marzo 2017, comunicata alla ricorrente via P.E.C. il 29 marzo 2017, recante aggiudicazione alla Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l. (di seguito anche: Bosch) della procedura ristretta per la selezione di una "ESCO" ai fini dell'affidamento della concessione mista di beni e servizi per la riqualificazione energetica e la gestione degli edifici pubblici di proprietà della Provincia di Padova, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi (FTT) ex art. 2, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 115/2008 – CIG 6540846CDC;

- di ogni ulteriore atto comunque connesso per presupposizione o consequenzialità, ivi compresi i verbali di gara, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla procedura della ditta Bosch, nonché la lettera di invito, qualora dovesse essere interpretata nel senso di escludere l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 86 del d.lgs. n. 163/2006

nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto di appalto che dovesse essere stipulato tra la Provincia di Padova e la Bosch;

e per la condanna

della resistente Amministrazione provinciale al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, con aggiudicazione della concessione alla ricorrente e conseguente stipulazione del contratto, ovvero, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente

2) con il ricorso R.G. n. 509 del 2017:

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale della Provincia di Padova n. 298 del 7 marzo 2017, recante aggiudicazione alla Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l. (di seguito anche: Bosch) della procedura ristretta per la selezione di una "ESCO" ai fini dell'affidamento della concessione mista di beni e servizi per la riqualificazione energetica e la gestione degli edifici pubblici di proprietà della Provincia di Padova, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi (FTT) ex art. 2, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 115/2008 – CIG 6540846CDC;

- della nota della Provincia di Padova del 29 marzo 2017, trasmessa via P.E.C. alla ricorrente, recante comunicazione della suddetta aggiudicazione definitiva;

- di tutti i verbali relativi alla fase di preselezione, nella parte in cui ledono gli interessi della società ricorrente, nonché della nota di estremi non conosciuti con cui la Provincia di Padova ha disposto e comunicato l'esclusione dell'Eldivi S.p.A. dalla fase successiva della gara;

- di tutti i verbali relativi alla fase di gara, nella parte in cui ledono gli interessi della ricorrente;

- del bando di gara, del disciplinare, della lettera di invito, del Capitolato di Gestione, del Contratto Attuativo, nella parte in cui ledono gli interessi della ricorrente

- di ogni altro atto, presupposto, connesso, consequenziale e/o successivo, ivi compreso il contratto che fosse stato medio tempore sottoscritto

e per la conseguente caducazione e/o annullamento e/o declaratoria di nullità e/o inefficacia

del contratto che fosse stato medio tempore stipulato tra la Provincia e la Bosch

nonché per la condanna

della Provincia al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dalla ricorrente.

Visti i ricorsi RR.GG. n. 467/2017 e 509/2017 ed i relativi allegati;

Visti la domanda di misure cautelari monocratiche, presentata dalla Sinergie S.p.A. nel ricorso R.G. n. 467/2017, ed il decreto presidenziale n. 224/2017 del 29 aprile 2017, recante accoglimento della stessa;

Viste le domande di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentate in via incidentale in ambedue i ricorsi;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Padova, nonché della Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l.;

Visto l'atto di intervento ad opponendum di Sinergie S.p.A. nel giudizio instaurato con il ricorso R.G. n. 509/2017;

Viste le memorie difensive e la documentazione delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60 e 74 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.);

Visto, altresì, l'art. 120, comma 6, c.p.a.;

Visto, ancora, l'art. 70 c.p.a.;

Nominato relatore nella Camera di consiglio del 17 maggio 2017 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come da verbale;

Ravvisata la sussistenza dei presupposti per la definizione del giudizio in Camera di consiglio con sentenza in forma semplificata e sentite sul punto le parti costituite, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Considerato che con il ricorso R.G. n. 467/2017 la Sinergie S.p.A. ha impugnato – unitamente agli atti presupposti e connessi elencati in epigrafe – la determinazione dirigenziale della Provincia di Padova n. 298 del 7 marzo 2017, recante aggiudicazione alla Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l. (d'ora in avanti anche: Bosch) della procedura ristretta per la selezione di una "Energy Service Company" (cd. ESCO) ai fini dell'affidamento della concessione mista di beni e servizi per la riqualificazione energetica e la gestione degli edifici pubblici di proprietà della Provincia di Padova, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi ("FTT") ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 115/2008, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione e previe misure cautelari monocratiche;

Considerato che Sinergie S.p.A. – seconda classificata nella procedura in questione – ha proposto, inoltre, domanda di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato dalla Provincia di Padova con la Bosch, nonché domanda di risarcimento del danno, in forma specifica (tramite aggiudicazione della concessione e conseguente stipula del contratto), o, in subordine, per equivalente monetario;

Considerato che a supporto del gravame la società ricorrente ha proposto i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con particolare riguardo alle prescrizioni relative alla durata della concessione ed al contenuto del piano economico e finanziario ("P.E.F.") recate dal disciplinare di gara (Sez. I, pag. 2), dalla lettera di invito (punti 1.2 e 8.3) e dallo schema di contratto attuativo (artt. 4, 7 e 12), ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, nonché per erroneità dei presupposti, giacché il Piano Economico e Finanziario (P.E.F.) presentato dalla Bosch, da un lato, non conterrebbe tutti i dati ed elementi richiesti, a pena di esclusione, dalla lex specialis, e dall'altro, avrebbe previsto un'offerta economica articolata in sedici anni,

a fronte di una durata della concessione stabilita in quindici anni, così determinando, inoltre, il superamento della base d'asta per quanto riguarda il canone di manutenzione;

- in via subordinata, violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e segg. del d.lgs. n. 163/2006, violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della lettera di invito, eccesso di potere per manifeste irragionevolezza ed illogicità, difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità dei presupposti, per avere la stazione appaltante omissivo ogni verifica circa l'effettiva congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria e questo, malgrado l'offerta in discorso contenesse manifesti indici di anomalia ed inattendibilità;

Considerato che si è costituita in giudizio la Provincia di Padova, depositando comparsa di risposta con documentazione sui fatti di causa e resistendo alle domande attoree;

Considerato che si è costituita in giudizio, altresì, la controinteressata Bosch, depositando memoria con la relativa documentazione ed eccependo l'infondatezza del ricorso;

Considerato che l'istanza di misure cautelari monocratiche avanzata dalla ricorrente Sinergie S.p.A. è stata accolta con decreto presidenziale n. 224/2017 del 29 aprile 2017;

Considerato che con distinto ricorso R.G. n. 509/2017 la Cristoforetti Servizi Energia S.p.A. (d'ora in avanti anche: Cristoforetti) – terza classificata nella procedura di cui si discute – ha impugnato a propria volta la suindicata determinazione dirigenziale della Provincia di Padova n. 298 del 7 marzo 2017, unitamente agli atti presupposti e connessi elencati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione;

Considerato che la Cristoforetti ha anch'essa proposto domande di declaratoria dell'inefficacia (o della nullità, o di annullamento) del contratto eventualmente nello more stipulato tra la Provincia e la Bosch, nonché di risarcimento del danno;

Considerato che a supporto del gravame la società ha dedotto i seguenti motivi:

- violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara, degli artt. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e 97 Cost., nonché dei principi di correttezza, trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e buon andamento dell'azione amministrativa, eccesso di potere per sviamento, poiché la procedura ristretta sarebbe viziata ab origine in ragione dell'erroneità dell'esclusione dell'Eldivi S.p.A. in fase di prequalificazione, tenuto conto che, laddove – come in ipotesi dovuto – Eldivi S.p.A. fosse stata invitata a presentare la sua offerta nella fase successiva della gara, detta offerta avrebbe ben potuto cambiare le sorti dell'intera procedura;

- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006, della lex specialis di gara, dei principi di imparzialità, correttezza, trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e buon andamento dell'azione amministrativa, dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 97 Cost., eccesso di potere per carenza di istruttoria, sviamento ed erroneità dei presupposti, poiché l'aggiudicataria Bosch avrebbe presentato una cauzione provvisoria di importo ben inferiore al 50% rispetto a quella (€ 58.000,00) prevista dalla lex specialis, ed in specie una cauzione di € 17.400,00: detto importo, però, sarebbe stato ottenuto riducendo l'ammontare iniziale del 50% e poi di un altro 20%, senza che tale ulteriore riduzione fosse in realtà possibile, perchè prevista dall'art. 16 della l. n. 221/2016, inapplicabile – ratione temporis – alla procedura in parola;

- violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara, nonché dei principi di imparzialità, correttezza, trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e buon andamento dell'azione amministrativa, dell'art. 97 Cost., eccesso di potere per carenza di istruttoria, sviamento ed erroneità dei presupposti, poiché il P.E.F. presentato dalla Bosch sarebbe stato calcolato su sedici anni, e non sull'effettiva durata della concessione, pari a quindici anni;

Considerato che si è costituita in giudizio la Provincia di Padova, depositando memoria difensiva con documentazione allegata ed eccependo, in via pregiudiziale, l'inammissibilità per genericità e la tardività del primo

motivo di ricorso, nonché l'inammissibilità per carenza di interesse del secondo e del terzo motivo. Nel merito ha, poi, eccepito l'infondatezza del ricorso, concludendo per la sua reiezione, previa reiezione dell'istanza cautelare;

Considerato che si è costituita in giudizio, altresì, la controinteressata Bosch, depositando memoria con documentazione allegata ed eccependo a sua volta l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del gravame proposto;

Considerato che, da ultimo, è intervenuta in giudizio ad opponendum la Sinergie S.p.A., eccependo l'inammissibilità del ricorso della Cristoforetti per carenza di interesse;

Considerato che, in esito alla Camera di consiglio del 17 maggio 2017 – dato avviso alle parti circa la possibilità della definizione dei giudizi con sentenza “semplificata”, previa conversione del rito, ai sensi degli artt. 60, 74 e 120, comma 6, c.p.a. –, i ricorsi RR.GG. n. 467/2017 e n. 509/2017 sono stati trattenuti in decisione;

Ritenuto, in via preliminare, di dover disporre la riunione dei ricorsi in epigrafe, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., attesa l'evidente connessione tra essi esistente, avendo ambedue ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva della medesima procedura di affidamento, nell'un caso da parte della ditta seconda classificata in graduatoria e nell'altro caso da parte della terza;

Ritenuta, nel merito, la sussistenza degli estremi per pronunciare sentenza cd. semplificata, ai sensi degli artt. 60, 74 e 120, comma 6, c.p.a., per le ragioni di seguito esposte;

Ritenuto, in primo luogo, di dover stabilire l'ordine di priorità dei ricorsi, accordando la precedenza, per ragioni di economia processuale, all'esame del ricorso R.G. n. 509/2017 (proposto dalla terza classificata, ditta Cristoforetti); ove, infatti, questo fosse fondato, il suo accoglimento, comportando la necessità della rinnovazione della procedura, renderebbe superflua l'analisi del ricorso R.G. n. 467/2017; invece, l'eventuale accertamento della fondatezza di quest'ultimo non esonererebbe il Collegio dal dover poi esaminare il ricorso R.G. n. 509/2017;

Considerato che il ricorso R.G. n. 509/2017 è nel suo complesso inammissibile, attesa la fondatezza delle eccezioni di inammissibilità dei distinti motivi con esso proposti, formulate dalla P.A., dalla controinteressata (Bosch) e dall'interveniente ad opponendum (Sinergie);

Considerato, in particolare, sul punto:

- quanto al primo motivo, con cui la ditta Cristoforetti si duole dell'esclusione di altra concorrente (Eldivi S.p.A.) dalla procedura sin dalla fase di prequalificazione, osserva il Collegio che la censura è formulata in modo del tutto generico ed ipotetico ed è, perciò, inammissibile;

- in dettaglio, la Cristoforetti afferma che l'ammissione dell'Eldivi S.p.A. alle successive fasi della procedura avrebbe potuto cambiare le sorti della gara, sicché la procedura stessa sarebbe viziata sin dalla sua origine e, come tale, dovrebbe essere annullata, ma: a) trascura che, anche ove l'Eldivi S.p.A. avesse superato la fase di prequalificazione, la presentazione dell'offerta da parte sua sarebbe stata una mera eventualità, come dimostra il fatto che ben nove delle dodici ditte, invitate dopo aver superato la prequalificazione, non hanno presentato alcuna offerta; b) non fornisce alcuna prova, né un principio di prova, che la presentazione di un'offerta ad opera dell'Eldivi S.p.A. avrebbe potuto comportare un diverso esito della gara e, soprattutto, avrebbe potuto avvantaggiarla;

- sotto quest'ultimo aspetto, la ricorrente incorre in un equivoco, sostenendo che il metodo indicato nella lettera di invito relativamente ai criteri di valutazione delle offerte tecniche non consentirebbe lo scorrimento della graduatoria, ma imporrebbe la ripetizione della procedura: ciò, sul presupposto – meglio esplicitato nella discussione orale della causa – che i punteggi attribuiti alle offerte siano il frutto di una valutazione comparativa di queste. In tal senso, allora, si spiegherebbe l'asserzione per cui, se l'Eldivi S.p.A. avesse potuto proporre un'offerta, essa avrebbe potuto cambiare le sorti della procedura, inducendo la Commissione giudicatrice ad una diversa valutazione comparativa di tutte le offerte e quindi – si intuisce – anche di quella della Cristoforetti;

- il ragionamento della ricorrente, tuttavia, discende – come si è già detto – da un equivoco, cioè che la Commissione avrebbe proceduto ad una valutazione comparativa delle offerte, poiché nei verbali di gara non risulterebbe una valutazione disgiunta delle stesse. Ma il fatto che i verbali di gara non menzionerebbero una valutazione disgiunta delle offerte – circostanza della cui esattezza sembra, peraltro, lecito dubitare, come si dirà infra – non equivale alla prova di una valutazione comparativa di esse: prova che la Cristoforetti non fornisce in alcun modo;

- in altre parole, in base alle comuni regole in materia di onere probatorio (art. 2697 c.c.), per poter ottenere la dimostrazione di un fatto (qui, della valutazione comparativa delle offerte), la parte deve fornire una prova o almeno un principio di prova del fatto stesso, e non può limitarsi – come invece fa la Cristoforetti – ad allegare la mancanza della prova del fatto contrario (qui, della valutazione disgiunta delle offerte);

- a confutazione ulteriore delle tesi della ricorrente, si osserva, poi, che i verbali di gara recano più indizi della valutazione disgiunta delle offerte: ciò, per quanto riguarda sia le offerte tecniche (v. all. A al verbale di gara delle sedute nn. 2-3, all. 8 al ricorso, lì dove si riportano “i punteggi attribuiti ai singoli concorrenti, per ogni singolo elemento oggetto di punteggio”), sia le offerte economiche (v. verbale di gara della seduta n. 4, all. 9 al ricorso, lì dove si riferisce che “la Commissione dà lettura dei valori offerti per ciascun criterio economico da ognuno dei tre concorrenti”, procedendo poi ad assegnare i punteggi a ciascun criterio ed a redigere la tabella riassuntiva del punteggio complessivo ottenuto da ogni singolo concorrente);

- donde, in definitiva, l’inammissibilità del primo motivo di ricorso;

- parimenti inammissibili sono, poi, il secondo ed il terzo motivo, volti ad ottenere l’esclusione della ditta Bosch dalla procedura ristretta;

- ed invero, è errato sostenere – come fa la Cristoforetti – che l’annullamento dell’aggiudicazione a favore della Bosch non consentirebbe lo scorrimento della graduatoria, ma imporrebbe l’indizione di una nuova procedura, dovendosi procedere ad una nuova valutazione comparativa delle offerte rimaste, che, tuttavia, non potrebbe essere fatta, neppure da una nuova Commissione, vista l’ormai avvenuta divulgazione delle offerte economiche, le quali, così, condizionerebbero la ri-valutazione delle offerte tecniche;

- in realtà, come già detto, non vi è nessuna prova di una valutazione comparativa delle offerte e, perciò, non vi è necessità di procedere alla ri-valutazione delle offerte superstiti dopo l’esclusione di quella della Bosch (che, nella prospettiva della ricorrente, sarebbe impossibile per le ragioni appena esposte). Nell’eventualità di detta esclusione, si dovrebbe invece procedere allo scorrimento della graduatoria e, pertanto, Cristoforetti, avanzando al secondo posto in graduatoria, non conseguirebbe il bene della vita (affidamento della concessione) avuto di mira;

- se ne deduce l’inammissibilità del secondo e del terzo motivo di ricorso, in quanto dall’eventuale accoglimento degli stessi e, dunque, dalla conseguente esclusione dalla procedura dell’offerta della Bosch, la ricorrente Cristoforetti non otterrebbe alcun vantaggio;

Ritenuto, per tutto quanto detto, di dover dichiarare la complessiva inammissibilità del ricorso R.G. n. 509/2017;

Considerato che il ricorso R.G. n. 467/2017 è, invece, fondato e da accogliere, alla luce della palese fondatezza del primo motivo con esso dedotto, nella parte in cui lamenta la difformità dell’offerta economica della Bosch dalla lex specialis, in quanto articolata nel P.E.F. in sedici anni, anziché nei quindici previsti dalla ridetta lex specialis;

Considerato, in specie, quanto segue:

- ai sensi del disciplinare di gara (all. 4 al ricorso) la concessione può avere una durata massima di n. 180 mesi (quindici anni) “comprensiva dei tempi previsti per la realizzazione degli interventi di efficientamento e la conduzione degli edifici”. Analoga previsione contiene l’art. 1.2 della lettera di invito (all. 5 al ricorso), dove si precisa che la concessione “avrà una durata di 15 anni a far data dalla Consegna dei Lavori, così come definita dall’art. 4 del Contratto Attuativo”;

- a sua volta, detto contratto (all. 6 al ricorso), agli artt. 3, 4 e 7, delinea una precisa articolazione temporale della concessione, che parte da una prima fase di consegna degli edifici, di inizio della gestione e di progettazione degli interventi e relativa approvazione (art. 7), avente durata di n. 132 giorni, a cui segue la consegna dei lavori, momento da cui comincia a decorrere il periodo di n. 15 anni di durata della concessione (art. 4) e, con esso, a maturare il canone spettante al concessionario (art. 3);

- l'aggiudicataria Bosch, invece, ha presentato un'offerta economica articolata in un "anno zero", rappresentante la fase di esecuzione dei lavori, durante il quale l'impresa avrebbe incassato il solo canone pari alla "baseline di manutenzione" e destinato a terminare con la consegna dei lavori, ed in successivi anni "dal 1° al 15°", rappresentanti la fase di gestione, con percezione dell'integrale remunerazione prevista dalla lettera di invito. Tale articolazione è indicata espressamente sia nella vera e propria offerta economica (v. la voce "ricavi e costi", parag. 1 del conto economico), sia nel Piano Economico e Finanziario (P.E.F.) ad essa unito (v. doc. 4 della Bosch);

- è, dunque, di palmare evidenza la difformità dell'offerta dell'aggiudicataria rispetto alle surriferite previsioni della *lex specialis* di gara relativamente all'elemento temporale dell'offerta stessa, poiché la *lex specialis* fa decorrere i quindici anni di durata della concessione dalla "consegna dei lavori", intesa come momento in cui si passa dalla fase di progettazione a quella di esecuzione dei lavori (v. art. 7, lettere b), c) e d) del contratto attuativo): l'esecuzione dei lavori è, perciò, inserita all'interno dell'arco temporale di quindici anni di durata della concessione. Al contrario, l'offerta economica della Bosch colloca l'esecuzione dei lavori in un arco temporale (quello del cd. anno zero) estraneo ed ulteriore rispetto al suddetto termine di quindici anni, con il risultato che la concessione verrebbe ad avere una durata complessiva di sedici anni (quindici più uno);

- la palese difformità che caratterizza l'offerta dell'aggiudicataria deriva, quindi, da tre equivoci in cui è incorsa la stessa: il primo, intendendo la consegna dei lavori come l'atto conclusivo della fase di esecuzione dei lavori (v. la voce "ricavi e costi" del conto economico, doc. 4 di Bosch), mentre si è già dimostrato che gli artt. 3 e 7 dello schema di contratto attuativo la definiscono come l'atto che precede l'esecuzione dei lavori; il secondo, escludendo la fase di esecuzione dei lavori dal computo dei quindici anni di durata della concessione, mentre la *lex specialis* di gara è inequivocabile nel ricomprendervela; il terzo, confondendo la fase della progettazione – essa sì non compresa nell'arco temporale dei quindici anni di durata della concessione (art. 7, lettere a) e b) del contratto attuativo) – con quella di esecuzione dei lavori. Il tutto, peraltro, senza trascurare che la fase di progettazione ha comunque una durata (poco più di quattro mesi) ben inferiore al cd. anno zero dell'offerta della Bosch, dal ché si evince la grossolanità dell'errore da questa commesso;

- l'ora vista difformità dell'offerta economica della Bosch rispetto alla *lex specialis* di gara avrebbe dovuto comportare l'esclusione di tale ditta dalla procedura, trattandosi di irregolarità attinente ad un elemento essenziale dell'offerta, qual è l'arco temporale di questa, e che, perciò, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 (e, in passato, dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006), determina l'esclusione dell'offerta irregolare dalla procedura ad evidenza pubblica;

- non può in alcun modo essere condivisa l'obiezione avanzata sul punto dalla Provincia di Padova e dalla stessa Bosch, secondo cui si tratterebbe, al più, di irregolarità dell'offerta sanabile senz'altro attraverso il cd. soccorso istruttorio. In contrario, depone anzitutto la lettera del d.lgs. n. 50/2016, il cui art. 83, comma 9 esclude espressamente l'applicabilità del soccorso istruttorio per le mancanze, incompletezze ed altre irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica ed economica. Nello stesso senso, inoltre, si era già espressa la giurisprudenza formatasi nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, che aveva costantemente negato la possibilità per la Commissione giudicatrice, nelle gare pubbliche, di esercitare il "soccorso istruttorio" a fronte di un'offerta carente, in radice, di un requisito essenziale previsto a pena di esclusione (su cui cfr. l'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 cit.), atteso che una diversa opinione avrebbe prodotto una lesione irrimediabile e plateale dei principi di par condicio e di immodificabilità delle offerte (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 801; T.A.R. Friuli Venezia Giulia,

3 ottobre 2016, n. 414; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 marzo 2016, n. 435; T.A.R. Veneto, Sez. I, 22 aprile 2015, n. 437);

- neppure condivisibile è, poi, l'ulteriore argomentazione difensiva della Bosch, secondo cui non vi sarebbe nessuna difformità dell'offerta dell'aggiudicataria rispetto alla lex specialis di gara, essendo sufficiente eliminare dal P.E.F. l'ultimo anno per ricondurre l'offerta in parola alla durata temporale prevista dalla lex specialis: il tutto, si aggiunge, serbando intatto l'equilibrio economico-finanziario dell'offerta, che il P.E.F. garantirebbe anche ove articolato in quindici e non più in sedici anni. In senso analogo si esprime anche la Provincia di Padova, la quale asserisce che, poiché la formula impiegata ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta economica richiederebbe di indicare il ribasso annuo, sarebbe sufficiente proiettare e valutare i valori indicati nell'offerta economica della Bosch con riferimento ad un periodo di quindici anni (trattandosi del periodo contrattuale, che la ditta avrebbe pacificamente accettato);

- in contrario, è agevole osservare che la Provincia e la Bosch propongono una manipolazione vera e propria dell'offerta economica dell'aggiudicataria, che urta inesorabilmente contro il principio di immodificabilità dell'offerta, teso a garantire da un lato la par condicio fra i concorrenti, e dall'altro l'affidabilità del contraente ed attinente non ad ogni aspetto dell'offerta, bensì a profili economici e tecnici essenziali della medesima (T.A.R. Lazio, Sez. II, 29 aprile 2016, n. 4903);

- che quelle proposte da Bosch e dalla Provincia siano, invero, inammissibili modifiche dell'offerta economica della ridetta aggiudicataria, emerge dalla mera lettura di tale offerta. Si consideri, a titolo di esempio, che al par. 2.3 "Quota rimborso e quota interessi" del rendiconto finanziario (doc. 4 di Bosch) la società afferma che "è stato ipotizzato un finanziamento, da parte della casa madre....., del 70% dell'investimento, ad un tasso di debito pari al 5% per una durata di 15 anni": nondimeno, nel conto economico l'investimento in conto capitale, pari ad € 14.603.320 (essendo stato sottratto all'investimento complessivo offerto, pari ad € 22.247.014,75 al netto di I.V.A., l'ammontare degli incentivi in conto termico: v. par. 2 del conto economico), risulta "spalmato" su sedici anni e non su quindici e gli interessi vengono indicati al tasso dell'1%;

- si consideri, altresì, che l'aggiudicataria prefigura, nell'offerta economica, di incassare il canone di "baseline manutenzione" sin dal cd. anno zero e per tutti gli ulteriori quindici anni, per un importo totale di € 7.611.504,00, addirittura superiore a quello che deriva dalla moltiplicazione dell'importo posto a base d'asta del suddetto canone (€ 476.243,00) per l'effettiva durata di quindici anni, senza nessun "anno zero", della concessione (€ 476.243,00 X 15 = € 7.143.645,00);

Ritenuto, in definitiva, che il ricorso R.G. n. 467/2017 sia manifestamente fondato e da accogliere, in ragione della palese fondatezza della censura ora esposta, formulata con il primo motivo, e con assorbimento delle restanti censure;

Ritenuto, in accoglimento del ricorso, di dover annullare i provvedimenti con esso impugnati ed in particolare il provvedimento di aggiudicazione definitiva della concessione alla Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l. e di dover dichiarare l'esclusione dell'offerta di quest'ultima società dalla procedura ristretta per cui è causa, rimettendo alla P.A. i successivi adempimenti ai fini della nuova aggiudicazione della medesima;

Ritenuto, infine, di dover procedere alla liquidazione delle spese dei due giudizi riuniti sulla base del criterio della soccombenza, nella misura di cui al dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I^a), così definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, dispotane previamente la riunione:

a) dichiara inammissibile il ricorso R.G. n. 509/2017;

b) accoglie il ricorso R.G. n. 467/2017 e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura con lo stesso impugnato e dichiara l'esclusione dell'offerta della Bosch, rimettendo alla stazione appaltante i successivi adempimenti, come da motivazione;

c) condanna la Cristoforetti Servizi Energie S.p.A. al pagamento in favore delle controparti di spese ed onorari del giudizio instaurato con il ricorso R.G. n. 509/2017, che liquida in via forfettaria in € 1.000,00 (mille/00) per ognuna delle medesime controparti (Provincia di Padova, Bosch e Sinergie S.p.A.), per complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge;

d) condanna la Provincia di Padova e la Bosch al pagamento in favore di Sinergie S.p.A. di spese ed onorari del giudizio instaurato con il ricorso R.G. n. 467/2017, che liquida in misura forfettaria in € 2.000,00 (duemila/00) a carico di ognuna delle citate parti soccombenti, per complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 17 maggio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE

Maurizio Nicolosi