

## **Valutazione dell'offerta tecnica: la riduzione percentuale dei tempi di intervento sino a "zero" fa considerare ineseguibile la prestazione**

*di Agostino Sola*

*Data di pubblicazione: 24-10-2022*

*L'offerta tecnica che rappresenti una riduzione percentuale dei tempi di interventi sino a zero è ineseguibile e, in quanto tale, non può essere valutata: va sanzionata anziché premiata un'offerta con tempi così contenuti rispetto a quelli previsti dal bando di gara tali da rendere del tutto irrealistico il loro rispetto, essendo tecnicamente impossibile.*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10369 del 2021, proposto da Siram S.p.a., in proprio e nella qualità, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli e Valentina Novara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***contro***

- l'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria - ALISA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Cocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- la Regione Liguria, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Cocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

- del Consorzio Integra Società Cooperativa, in proprio e nella qualità, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Piemonte n. 39; - dell'Ente Ospedaliero Ospedali Galliera, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 973/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria – Alisa, della Regione Liguria e del Consorzio Integra Società Cooperativa; Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2022, il Cons. Giovanni Tulumello e viste le istanze delle parti di passaggio in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con sentenza n. 973/2021 il T.A.R. della Liguria ha in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto il ricorso proposto da SIRAM S.p.a. – quale mandataria del raggruppamento con Rael di Carioti Giuseppe e C. S.r.l. e Crocco Emanuele S.r.l. - per l'annullamento degli atti della gara a procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 D.lgs. n. 50/2016 tramite la piattaforma di intermediazione telematica denominata "SinTel", per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, ammodernamento degli impianti delle strutture sanitarie liguri, comprensivo della fornitura di vettori energetici e di altre prestazioni accessorie per un periodo di 120 mesi (con opzione di rinnovo per ulteriori 24 mesi); e, segnatamente, del decreto del Dirigente S.U.A.R. della Regione Liguria n. 3523-2021 del 9 giugno 2021, con cui è stata disposta l'aggiudicazione del Lotto n. 3 (relativo all'Ente ospedaliero Ospedale Galliera) al R.T.I. tra la capogruppo mandataria Consorzio Integra Società Cooperativa e le mandanti Combustibili Nuova Prenestina S.p.a. e FPM S.r.l..

La ricorrente in primo grado ha impugnato l'indicata sentenza con ricorso in appello.

Si sono costituiti in giudizio la stazione appaltante (Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria), la Regione Liguria e la controinteressata Consorzio Integra Società cooperativa.

La domanda cautelare proposta dall'appellante è stata accolta con decreto n. 6610/2021 (fino

alla celebrazione della camera di consiglio), quindi respinta con ordinanza n. 6799/2021.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 12 maggio 2022. 2. L'odierna appellante è mandataria del raggruppamento classificatosi al secondo posto nel procedimento di gara sopra indicato.

Ha quindi impugnato gli atti della gara, e in particolare la valutazione delle offerte, con il ricorso introduttivo di primo grado, integrato dal ricorso per motivi aggiunti proposto a seguito dell'accesso alle offerte tecniche del R.T.I. controinteressato.

Il T.A.R. ha ritenuto le censure proposte in parte inammissibili e in parte infondate.

3. Con il primo motivo di appello, rubricato "Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il primo motivo del ricorso introduttivo", l'appellante contesta la sentenza gravata nella parte in cui ha respinto la censura inerente l'attribuzione alla propria offerta di un punteggio pari a zero per il criterio n. 2 (Percentuale di riduzione dei tempi di intervento massimi previsti dalla lettera b) del comma 13 dell'art. 9.10.1 del Capitolato speciale).

Il T.A.R., dopo avere richiamato le disposizioni del Capitolato e del Disciplinare relative al criterio in contestazione, ha respinto la censura osservando che "l'offerta di una percentuale di riduzione dei tempi di intervento massimi del 100% appare oggettivamente ineseguibile, non essendo materialmente possibile che il sopralluogo sia contestuale e contemporaneo alla chiamata. Bene dunque ha fatto la commissione, che, sul punto specifico, non ha attribuito alcun punteggio per la spropositata offerta del R.T.I. SIRAM, volta soltanto a lucrare indebitamente il massimo del punteggio per il criterio di valutazione in argomento".

4. Deduce l'appellante preliminarmente che la censura supera la prova di resistenza.

4.1. Osserva poi che il T.A.R., a fronte della documentazione prodotta dalla ricorrente e in considerazione del fatto che la legge di gara consentiva una indicazione non altrimenti delimitata della percentuale di riduzione dei tempi di intervento, non avrebbe sufficientemente argomentato l'affermazione della oggettiva ineseguibilità della percentuale offerta, non indicando la soglia entro la quale la riduzione fosse plausibile.

Deduce inoltre che la struttura organizzativa articolata a corredo dell'offerta sarebbe stata in grado di assicurare tempi di intervento immediati, rendendo contestuale la richiesta di intervento con il sopralluogo, al di là della qualificazione dell'intervento stesso come "emergenza", "urgenza" o "differibile".

Lamenta che il profilo in contestazione avrebbe semmai dovuto costituire oggetto di una verifica di anomalia, e non già di un'aprioristica negazione dell'attribuzione del relativo punteggio.

4.2. Con un secondo profilo di censura interno al primo motivo, l'appellante lamenta che il T.A.R. – al contrario di quanto affermato con riguardo ad altra censura, relativa all'offerta della controinteressata - non ha tenuto conto del fatto che eventuali difformità dei tempi di

esecuzione rispetto a quelli indicati in offerta avrebbero dovuto avere rilevanza non già in sede di attribuzione del punteggio, ma in sede di esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 17, comma 8, lettera g), del Capitolato (che stabilisce delle penali per l'ipotesi di mancato rispetto dei tempi di esecuzione).

5. Gli indicati profili di censura possono essere esaminati in una prospettiva unitaria (ancorché con riguardo ai reali profili di autonomia di ciascuno di essi), in ragione del fatto che essi poggiano sul dato comune rappresentato dall'erroneità del presupposto interpretativo in punto di nozione di "riduzione" dei tempi d'intervento.

5.1. Osserva il Collegio che è anzitutto infondato il profilo di censura secondo cui la verifica della percentuale di riduzione avrebbe potuto avere rilevanza (soltanto) in sede esecutiva.

La comminatoria di penali in sede esecutiva ha infatti la funzione di sanzionare il mancato assolvimento dell'obbligo negoziale: laddove la verifica della praticabilità del contenuto dell'offerta ha la diversa (ed anzi opposta: in chiave di prevenzione di possibili inadempimenti) funzione di tutelare l'interesse della stazione appaltante a scegliere un contraente affidabile e a selezionare, con l'attribuzione del relativo punteggio, un'offerta seria.

Portando ad estreme conseguenze l'argomento dell'appellante si avrebbe che l'offerente – in base ad una valutazione di convenienza economica - potrebbe deliberatamente offrire una prestazione impossibile, pur di aggiudicarsi la commessa, salvo monetizzare in termini di penali i propri inadempimenti: il che, a tacer d'altro, altererebbe un corretto esplicarsi della dinamica concorrenziale sottesa al procedimento di evidenza pubblica, e frustrerebbe l'interesse dell'Amministrazione a selezionare il miglior contraente e la migliore offerta cui il medesimo procedimento è pure funzionale.

Altro è infatti l'imprevisto ed episodico mancato rispetto degli impegni negoziali, ed altro è una proposta contrattuale fondata su impegni a priori non mantenibili, o comunque con la riserva di verificarne l'effettiva praticabilità a valle.

Tanto più che, essendo stabilite delle penali anche per ritardi pari a "frazione di ora", l'offerta ha in re ipsa la quasi certezza che esse saranno applicate, atteso che qualunque tempo – anche di un minuto – impiegato per avviare le modalità d'intervento, essendo comunque superiore allo "0" assoluto di cui all'offerta, comporterà l'irrogazione di penali: il che conferma la non valutabilità dell'offerta, dal momento che essa, pur di ottenere il relativo punteggio, si basa su futuri inadempimenti pressoché certi.

5.2. Inoltre, l'appellante fonda la propria pretesa sull'affermazione per cui la lex specialis sul punto andrebbe interpretata nel senso che il "sopralluogo" (momento iniziale dell'intervento, rispetto al quale si misurano tutti i tempi massimi) inizierebbe con la mera presenza in struttura del personale addetto, e non con il momento in cui questo si porta – fisicamente o meno - sul luogo dell'emergenza (o comunque prende cognizione specifica della problematica insorta): questa affermazione a ben vedere disvela l'intento "lucrativo" (nel senso stigmatizzato dal T.A.R.) dell'offerta di una percentuale del 100% di riduzione dei tempi di intervento, dal momento che l'odierna appellante, avendo predisposto un presidio in loco per 7 giorni su 7 e

per 24 ore al giorno, muove dall'assunto che perciò solo l'intervento dovrebbe considerarsi iniziato nel momento stesso della segnalazione del problema, con una presenza materiale e non con una (pur minimale) attività funzionale, finalizzata a prendere cognizione delle cause del problema e ad attivare la relativa procedura.

5.3. Quanto a ciò che avrebbe dovuto o potuto fare la Commissione in simile frangente, va richiamata la prevalente giurisprudenza per cui, in una gara per licitazione privata, indetta dalla p.a. con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex articolo 29, comma 1, lettera b), d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, e nella quale il tempo di realizzazione dell'opera è valutato mercé un punteggio specifico, la commissione giudicatrice ha l'obbligo di escludere il concorrente dalla gara stessa ove reputi irrealistico, ossia impossibile da rispettare, il tempo da costui indicato nell'offerta, ma non può assegnargli ad libitum un punteggio inferiore, non essendo legittimo penalizzare una proposta migliorativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 1997, n. 100).

Questa giurisprudenza, al netto della questione della necessaria esclusione del concorrente, esprime un concetto molto semplice (e valido anche nel successivo contesto normativo): quello per cui un'offerta con tempi molto contenuti rispetto a quelli previsti dal bando di gara è di per sé da premiare in quanto migliorativa, ma se i tempi sono così contenuti da rendere del tutto irrealistico il loro rispetto, allora l'offerta non è più migliorativa ma diventa tecnicamente impossibile, e pertanto va sanzionata anziché premiata.

Il tutto, alla stregua di una valutazione discrezionale della commissione di gara sindacabile nei noti limiti nei quali è consentito il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnico-valutativa riservata per legge alla pubblica amministrazione (si tenga presente che, nel caso di specie, il criterio in questione prevedeva un'attribuzione di punteggio "discrezionale", e non "quantitativa").

Più recentemente, anche l'ANAC, nel parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 26 del 18 gennaio 2017, ha affermato che un'offerta tecnica connotata da riduzione dei tempi contrattuali tale da rendere la prestazione tecnicamente impossibile sia da ritenere inammissibile.

Orbene, nel caso di specie è evidente che la Commissione – pur non avendo disposto l'esclusione dell'offerta dalla gara – ha chiaramente motivato l'attribuzione del punteggio di "0" per il criterio de quo nel senso che l'offerta così concepita sarebbe "impossibile da conseguire": per cui, non può esservi dubbio su quale delle due ipotesi dianzi indicata (offerta molto migliorativa, od offerta impossibile) sia stata ritenuta sussistente nella fattispecie.

5.4. Né può sostenersi che la Commissione non sia libera di operare una simile valutazione in fase di attribuzione dei punteggi, potendo semmai farlo solo in sede di verifica di congruità: la funzione dell'attribuzione dei singoli punteggi è, al contrario, proprio quella valutativa e selettiva che si è appena richiamata (laddove la funzione della verifica di anomalia ha la diversa funzione di rilevare la complessiva affidabilità e sostenibilità dell'offerta)

5.5. Neppure rileva la comparazione con altro capo della sentenza impugnata che ha

affermando, a proposito dell'offerta dell'aggiudicataria, la rilevanza in fase esecutiva del rispetto delle condizioni proposte: sia perché tale affermazione è relativa ad altro criterio, caratterizzato da una diversa disciplina della legge di gara che l'ha dotato di una connotazione strutturale e funzionale nella quale effettivamente riveste un ruolo decisivo la verifica ex post; sia perché in ogni caso la comparazione con un'affermazione in tesi errata (ciò che l'appellante sostiene con riguardo al capo di sentenza assunto quale parametro) anche se evidenzia una disparità (teorica) di trattamento comunque non legittima un'estensione di tale affermazione (secondo i noti principi in tema di eccesso di potere per disparità di trattamento).

Per tale motivo l'argomento della pretesa disparità di trattamento appare viziato da erroneità del presupposto interpretativo, perché compara, suggestivamente, variabili disomogenee.

5.6. Non è evidentemente il T.A.R. che avrebbe dovuto indicare la soglia di plausibilità dell'offerta: è l'offerente che avrebbe dovuto meglio articolare la percentuale di riduzione.

L'indicazione del 100% comporta infatti non una riduzione, ma un annullamento radicale dei tempi di intervento (o meglio, del tempo intercorrente fra la manifestazione del problema e l'intervento).

Un simile obiettivo non è seriamente attuabile, neppure avuto riguardo ad un'organizzazione aziendale, connotata dalla presenza fissa di manutentori nelle varie strutture interessate dal servizio e dall'utilizzo delle più avanzate tecnologie di comunicazione, che renderebbe sostanzialmente contestuale la richiesta di intervento con il sopralluogo preliminare all'intervento stesso.

Tale prospettazione, infatti, esprime un mero auspicio, più che indicare un parametro certo, tale da refluire in una proposta contrattuale meritevole di un preciso punteggio premiale.

Al contrario, l'offerta avrebbe dovuto quantificare con precisione (e non, dunque, sulla base di una generica previsione di abbattimento totale dei tempi di intervento) in che misura le modalità organizzative del servizio avrebbero inciso sulla riduzione dei tempi massimi previsti, onde consentire un adeguato vaglio da parte della Commissione.

Ciò implica che la percentuale di riduzione può essere anche molto elevata, ma che essa non è comunque pari a quella indicata.

La tecnica di redazione dell'offerta impedisce pertanto, in corretta applicazione della legge di gara, l'attribuzione di un punteggio: giacché per giungere a tale conclusione il seggio di gara avrebbe dovuto correggere e precisare – in modo “creativo” e dunque manipolativo - l'indicazione dell'offerente, il che non rientra evidentemente nei poteri (e tanto meno nei doveri) valutativi della Commissione. 5.7. Il problema se la legge di gara consentisse o meno la riduzione del 100% è a questo punto un falso problema (fermo restando comunque che, come segnalato, già sul piano logico era agevole evincere che essa richiedeva una “riduzione” e non una “eliminazione” dei tempi di intervento): dal momento che comunque l'offerta SIRAM afferma di offrire tale riduzione ma in realtà prospetta unicamente una soluzione tecnica ed organizzativa che non risulta conforme, su un piano di effettività, a quanto

promesso (per le ragioni che si sono indicate).

Dunque anche ipotizzando l'ammissibilità di un'offerta di riduzione del 100%, quella qui in esame legittimamente non è stata ritenuta valutabile.

5.8. L'appellante in più punti insiste nel ribadire di avere come obiettivo primario della propria offerta il raggiungimento del risultato "ZERO DISSERVIZI".

Ciò non vale tuttavia ad argomentare la fondatezza dell'assunto di fondo che sorregge il mezzo in esame.

In primo luogo, perché anche l'assenza di disservizi implica comunque dei tempi di gestione del servizio: sicché addurre l'assenza di disservizi non implica (sul piano logico, prima ancora che su quello risultante dal contenuto specifico dell'offerta) che il servizio abbia tempi di esecuzione pari a zero.

In secondo luogo, come dimostrano i rilievi fin qui svolti lo stesso slogan utilizzato dall'appellante, nella sua formulazione letterale, ha riguardo ad un'aspirazione, e non già ad un risultato obiettivo conseguito (sia pure in chiave progettuale) dalla struttura del servizio così come articolata nell'offerta.

6. Con il secondo motivo di appello, rubricato "Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il quarto motivo del ricorso introduttivo, nonché il secondo ed il terzo motivo di cui al primo atto di motivi aggiunti", l'appellante contesta la sentenza gravata nella parte relativa ai motivi di ricorso inerenti il criterio del risparmio energetico.

In particolare, il quarto motivo del ricorso introduttivo di primo grado aveva censurato la valutazione della commissione nella parte in cui "si è limitata ad una mera "presa d'atto" dei dati forniti dagli operatori economici, senza applicare i coefficienti discrezionali di concretezza (CONCR) previsti dal capitolato speciale all'appendice 2 al fine di valutare l'effettiva realizzabilità delle offerte in termini di congruità, adeguatezza ed utilità dell'ammodernamento proposto".

Tale censura è stata poi ulteriormente articolata con il terzo ed il quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti.

Il T.A.R. ha respinto tali censure.

6.1. L'appellante contesta anzitutto il passaggio motivazionale che dubita dell'assolvimento della prova di resistenza, osservando che la censura in esame comporta, ove accolta, l'esclusione dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario, sicché nessuna prova in proposito si sarebbe dovuta fornire.

In ogni caso il diverso punteggio conseguente all'accoglimento della censura avrebbe comportato l'aggiudicazione al raggruppamento ricorrente.

Sempre in via preliminare, l'appellante deduce che le censure in esame vengono prospettate in via principale come vizi che hanno inficiato la legittimità della valutazione in quanto tale; e, in via subordinata, come difetto ed incompletezza dell'istruttoria procedimentale, sintomatico della possibile illegittimità di tale valutazione, in considerazione del fatto che la Commissione, pur avendo essa stessa sollevato i medesimi dubbi, ha ritenuto che gli stessi potessero essere sciolti in fase esecutiva, senza svolgere un'adeguata istruttoria sul punto.

6.2. Con un primo profilo di censura si contesta la statuizione del primo giudice nella parte in cui ha affermato, a proposito del quarto motivo del ricorso introduttivo, che "il criterio di valutazione n. 4, legato al "risparmio energetico ottenibile mediante l'efficienza minima di impianto garantita dal concorrente per quanto riguarda gli ammodernamenti facoltativi offerti", è un criterio di tipo "quantitativo": ciascun operatore doveva indicare un certo valore di risparmio, cui si sarebbe "vincolato" per l'intera durata del contratto, con un'obbligazione "di risultato", il cui esatto adempimento era dunque verificabile soltanto in fase esecutiva. Se a ciò si aggiunge che non era richiesta, in sede di gara, una progettazione definitiva degli interventi di ammodernamento energetico proposti, ne consegue che bene ha fatto la commissione, che, nel ritenere "plausibili" tutte le offerte sul punto - e pur segnalando la problematica alla stazione appaltante, verosimilmente in quanto suscettibile di creare problemi in fase di esecuzione del contratto - non ha però applicato a nessun offerente il coefficiente di riduzione CONCRj, che peraltro aveva natura discrezionale".

Deduce in contrario l'appellante che dalla legge di gara (dall'art. 13.2.2.4 del Disciplinare; nonché dall'Appendice 2, art. 3) risulterebbe invece che "il concorrente era senz'altro tenuto a presentare delle relazioni a contenuto vincolato sul risparmio energetico e la Commissione avrebbe dovuto verificare l'offerta applicando l'indice di concretezza, valutarla cioè in base alla congruità, all'adeguatezza ed all'utilità dell'ammodernamento proposto (così come del resto confermato dalla stazione appaltante con il chiarimento n. 151)"; e che a fronte di tale obbligo "Integra si è limitata a compilare il Modulo fornito dalla Stazione Appaltante ed a fornire all'interno dello stesso una sommaria ed estremamente sintetica illustrazione dell'intervento proposto, che non contiene alcun elemento utile a definire il parametro CONCRj di riduzione del risparmio energetico".

In sostanza, l'offerta del raggruppamento aggiudicatario sul punto sarebbe stata generica rispetto ai parametri indicati dalla legge di gara come necessari per l'attribuzione del relativo punteggio.

6.3. Con un secondo profilo di censura interno al secondo motivo di appello si contesta la statuizione del primo giudice nella parte in cui ha affermato, a proposito del terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, che "Si tratta però di personali valutazioni – peraltro, di natura estremamente tecnica – dalle quali non è dato evincere con immediatezza la certa ed assoluta implausibilità del valore di risparmio energetico offerto dall'aggiudicatario, che si è vincolato a conseguirlo per l'intera durata del contratto, con un'obbligazione "di risultato" il cui esatto adempimento sarà verificabile in fase esecutiva".

Il mezzo contesta la decisione del T.A.R. nella parte in cui non ha escluso l'offerta presentata dal raggruppamento poi risultato aggiudicatario perché viziata, sul punto in esame, da profili di

incongruità, in quanto:

- “l’offerta del concorrente prevedeva l’installazione di sistemi di controllo automatico su: “Regime di funzionamento del generatore; Temperatura di mandata; Rete di distribuzione con compensazione della temperatura esterna”. Sul punto, si consideri che nella struttura ospedaliera oggetto d’intervento sono già presenti diverse tipologie di telecontrolli, sicché la portata in termini di risparmio energetico dell’intervento offerto dal controinteressato era di gran lunga inferiore rispetto a quanto prospettato dall’RTI Integra, trattandosi di un mero up-grade, di un semplice aggiornamento di quello esistente”.

- “risulta agli atti che l’RTI controinteressato abbia fissato in maniera del tutto errata e priva di qualsiasi giustificazione tecnica il “fabbisogno di energia termica primaria nella condizione ante intervento” (cfr. art. 3.3 dell’App.2, pag. 8), sulla base del quale è stato poi calcolato il risparmio energetico conseguibile. In particolare, la controinteressata ha calcolato il risparmio energetico prendendo a riferimento un valore che comprende anche l’energia impiegata per il funzionamento dell’impianto di cogenerazione, e che nulla ha dunque a che vedere con i sistemi di produzione termica oggetto di ammodernamento. Poiché il risparmio atteso è stato calcolato in termini percentuali sull’energia impiegata, è evidente che, diminuendo tale ultimo valore, diminuisce proporzionalmente anche il risparmio effettivamente ottenibile e quindi valutabile”. Secondo l’appellante, l’offerta in questione sarebbe stata caratterizzata da dati inattendibili che avrebbero dovuto imporre un approfondimento istruttorio in sede procedimentale o una verifica in giudizio.

7. In relazione al secondo motivo di appello osserva la controinteressata che in base alla legge di gara il punteggio per il risparmio energetico è stato attribuito sulla base di una formula matematica, e che “l’elemento di discrezionalità della valutazione della Stazione appaltante si inserisce nel calcolo di uno soltanto dei fattori da utilizzare per l’attribuzione del punteggio qualitativo”.

Eccepisce inoltre l’inammissibilità della censura, perché la stessa appellante si sarebbe avvantaggiata del modus operandi contestato, vedendosi attribuito il massimo punteggio attribuibile per tale criterio.

L’eccezione è infondata: l’assunto dell’appellante è che l’attribuzione del punteggio sia illegittima per la sola aggiudicataria, in quanto (solo) quest’ultima non avrebbe adeguatamente documentato il possesso dei fattori legittimanti tale attribuzione. 7.1. Nel merito, l’appellata osserva anzitutto che “la Commissione ha esclusivamente rilevato una difficoltà nell’operare una valutazione ex ante dell’adeguatezza della potenza da installare, ridotta – rispetto a quella attuale – in ragione degli ammodernamenti proposti, in relazione al concreto fabbisogno delle strutture sanitarie liguri. Pertanto, esclusivamente sotto tale (unico) profilo, la Commissione ha ritenuto di non poter in alcun modo contestare i dati di risparmio energetico dichiarati dai concorrenti, rilevando, in aggiunta, che l’eventuale insufficienza della potenza installata rappresenterebbe – semmai – una criticità che potrebbe emergere solo in fase esecutiva, ove potranno essere posti in essere tutti gli accorgimenti del caso e garantire il medesimo livello di risparmio energetico, ma senza alcun riflesso sulla fase di gara. Restano, invece, del tutto impregiudicate le valutazioni della Commissione in ordine agli altri profili

specificamente elencati all'art. 2 dell'Appendice 2 al CS".

Dunque non sarebbe esatta l'affermazione per cui la Commissione si sarebbe limitata da una mera presa d'atto delle offerte così come formulate.

7.2. Quanto alla pretesa incompletezza o genericità della documentazione richiesta a supporto, osserva il Consorzio Integra che l'unico adempimento previsto in proposito dalla legge di gara era la produzione dell'apposito modello, effettivamente predisposto e prodotto in gara.

Inoltre, "la "congruità tecnica dell'ammodernamento proposto", la "adeguatezza dell'ammodernamento proposto alla struttura" e la "utilità dell'ammodernamento proposto", lungi dal rappresentare dei capi indefettibili della relativa relazione descrittiva, costituiscono unicamente le direttrici valutative a cui la Stazione appaltante è vincolata, ai sensi dell'art. 2 dell'Appendice n. 2 al CS, per determinare l'indice di CONCRj delle proposte qualitative dei concorrenti".

7.3. Sul motivo di appello che censura la sentenza gravata nella parte in cui ha rigettato il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, l'appellata denuncia "la violazione del divieto di introdurre motivi nuovi in appello, nella misura in cui Siram ha chiesto in appello l'esclusione mentre in primo grado ha censurato unicamente l'attribuzione del punteggio chiedendone, peraltro erroneamente come riconosciuto anche dal TAR, la decurtazione in accoglimento delle proprie infondate argomentazioni".

La censura poi consisterebbe in una valutazione dell'appellante circa la realizzabilità dell'offerta dell'aggiudicataria in punto di risparmio energetico: essa non sarebbe pertanto escludente.

Ciò posto, l'appellante difetterebbe d'interesse sul punto, ove si rigettasse il primo motivo, perché la sola decurtazione del punteggio dell'aggiudicataria relativo al risparmio energetico non comporterebbe l'aggiudicazione della gara all'appellante. Contesta poi nel merito la pretesa sovrastima del fabbisogno di energia delle strutture sanitarie liguri che vizierebbe la propria offerta.

8. Sul motivo inerente l'attribuzione del punteggio per il risparmio energetico ALISA osserva che la legge di gara, sul punto non impugnata, richiedeva agli offerenti di "indicare l'entità del risparmio energetico che si impegnavano ad assicurare con l'offerta (di tasca propria, in caso di insuccesso in fase di esecuzione del contratto) e di descrivere tramite una semplice relazione gli interventi, cd. interventi facoltativi, che essi di propria iniziativa si impegnavano ad eseguire a tal fine. Il criterio premiale di cui trattasi è un criterio meramente quantitativo, ossia incentrato solo sulla quantità del risparmio energetico, anche perché in ogni caso garantito dal concorrente (nell'ambito della disciplina contrattuale). In questo quadro la relazione richiesta riguardo agli interventi facoltativi ha un carattere meramente indicativo, tanto da non attingere neppure la soglia della progettazione preliminare, richiesta invece dalla lex di gara ai concorrenti per i diversi interventi sugli impianti previsti come obbligatori".

Deduce inoltre la stazione appaltante che per l'ipotesi di offerte sul punto astratte o inadeguate la legge di gara prevedeva che "l'applicazione di un apposito coefficiente discrezionale definito CONCRj, così penalizzando all'occorrenza il concorrente interessato e riconoscendogli un valore di risparmio più ridotto (corrispondente, sul piano matematico, ad un minore punteggio). Ciò significa che la gara resta incentrata sulla quantità del risparmio energetico offerto (impegnativo per il concorrente e sanzionato sul piano contrattuale), mentre il coefficiente CONCRj assume un carattere eccezionale in quanto comporta che non si riconosca al concorrente il pieno punteggio corrispondente alla sua offerta ed al suo entrostante impegno. (...) Nello specifico la Commissione ha ravvisato nell'offerta di Integra (risparmi offerti e corrispondenti interventi prospettati) un grado di plausibilità sufficiente e tale, quindi, da non indurla ad applicare il coefficiente CONCRj".

Si tratterebbe, pertanto, di un'attività non integrabile sul piano istruttorio: se la valutazione è di adeguatezza dell'offerta non si applica il coefficiente; se, viceversa, l'offerta risultasse inadeguata, troverebbe applicazione la decurtazione.

Contesta poi che le allegate (dall'appellante) incongruità sul punto dell'offerta del Consorzio Integra potessero o dovessero dare corso all'applicazione del ridotto coefficiente di riduzione: sicché "le osservazioni fatte dalla Commissione – in linea del tutto generale con riguardo indistintamente ai sei lotti – riguardo alla non completa possibilità di verificare e "validare" le quantità di risparmio energetico offerte dai concorrenti (anche per le caratteristiche dell'inoppugnata lex di gara, di cui si è dato conto), non si attagliano allo specifico caso dell'offerta di Integra per il lotto 3".

La mancata specificazione degli interventi facoltativi di risparmio energetico, e la sua indicazione "a valle", neppure possono considerarsi indice di inadeguatezza dell'offerta sul punto: "Né Integra poteva per forza considerarsi tenuta ad indicare precisamente quali serramenti e lampadine avrebbe sostituito, ben potendo stabilirlo successivamente all'aggiudicazione, in fase esecutiva, in modo coerente con la quantità di risparmio energetico da assicurare in corrispondenza della sua offerta (anche perché Integra, a differenza di Siram appellante, non era il gestore uscente, unico a conoscere in dettaglio le caratteristiche delle strutture dell'Ospedale ed a potervi agevolmente fare riferimento in offerta)". 9. Anche questo motivo ad avviso del Collegio è infondato, nella duplice prospettazione formulata.

La legge di gara imponeva alla Commissione di assegnare ad ogni offerta il punteggio per il risparmio energetico conseguente alla riduzione offerta: salvo ad applicare il ridotto coefficiente in presenza non già di pretesi profili di incongruenza di parti analitiche dell'offerta riguardanti tale aspetto, ma di una complessiva valutazione di concretezza dell'intervento, avuto riguardo ai parametri indicati.

Prevede infatti l'art. 2 dell'Appendice 2 che "CONCRj è il valore di concretezza assegnato discrezionalmente dalla commissione di gara sulla base dei contenuti della scheda descrittiva dell'intervento proposto. Nello specifico, CONCRj può assumere valori variabili da 0,5 ad 1 sulla base delle considerazioni della commissione in merito a: Congruità tecnica dell'ammodernamento proposto. Assegnando un valore elevato di CONCRj la commissione riterrà che, sulla base di quanto descritto nell'offerta, l'ammodernamento abbia caratteristiche

tecniche allineate ai migliori standard di mercato e sia completo di attendibili schede tecniche dei componenti principali dell'impianto. Adeguatezza dell'ammodernamento proposto alla struttura. Assegnando un valore elevato di CONCRj la commissione riterrà che, sulla base di quanto descritto nell'offerta, l'ammodernamento proposto abbia caratteristiche tali da poter essere installato ed operare nella struttura indicata dall'offerente senza comportare significative interferenze con l'attività delle SSL. Utilità dell'ammodernamento proposto. Assegnando un valore elevato di CONCRj la commissione riterrà che, sulla base di quanto descritto nell'offerta, l'ammodernamento proposto abbia funzionalità tali da renderlo fortemente allineato alle esigenze delle SSL”.

La lettura della legge di gara rende pertanto evidente l'errore prospettico che vizia la censura in esame: per un verso l'applicazione del coefficiente è discrezionale (e la censura in esame ha un contenuto tale da oltrepassare il mero scrutinio della legittimità dell'esercizio della discrezionalità, pretendendo di sostituire il proprio giudizio a quello della Commissione); per altro verso la legge di gara, nella parte surriportata, non consentiva (né, tanto meno, imponeva) l'uso del coefficiente di concretezza come elemento per alterare la natura del punteggio previsto per il risparmio energetico.

Il quale, come si è detto, è regolato da una formula puramente quantitativa, salva l'applicazione di un coefficiente discrezionale ed omnicomprensivo.

9.1. In relazione al criterio in questione la legge di gara neppure indirettamente prevedeva, coerentemente, contenuti minimi obbligatori dell'offerta, non essendo previsto che i concorrenti producessero neanche un progetto preliminare (d'altra parte, si trattava di “ammodernamenti facoltativi”) e neanche una Relazione tecnica a contenuti obbligatori, ma semplicemente che compilassero un modulo allegato al bando di gara con l'indicazione degli elementi essenziali delle soluzioni tecniche offerte, spettando poi alla Commissione, nell'ambito della propria discrezionalità valutativa, verificare se l'offerta fosse completa ed esaustiva quanto al criterio de quo e attribuirle il relativo punteggio.

9.2. Con riguardo al secondo profilo, va evidenziato come l'attività della Commissione, lungi dal concretizzarsi in una omissione di attività doverose secondo la *lex specialis*, sia consistita esclusivamente nell'attribuzione del CONCR massimo a tutte le offerte indiscriminatamente (dove anche la possibile inammissibilità della censura, come puntualmente eccepito da parte appellata): ciò a causa della riscontrata impossibilità di verificare se e in che misura le soluzioni di risparmio energetico sarebbero state effettivamente applicabili nella pratica, “criticità” – come si vedrà - segnalata anche alla stazione appaltante nel senso che non vi erano elementi certi e oggettivi per affermare che quanto prospettato dalle offerenti sarebbe stato poi rispettato nella fase di esecuzione del contratto.

9.3. Nessuna disparità di trattamento sussiste nell'operato della Commissione di gara: risulta infatti evidente che non vi è identità tra le due situazioni, in quanto nel caso dell'odierna appellante la Commissione ha riscontrato un'oggettiva impossibilità dell'offerta in relazione a uno specifico profilo, mentre nel caso dell'aggiudicataria sono emersi solo dei dubbi dovuti all'assenza di criteri e parametri di verifica dell'attuabilità dei livelli di risparmio energetico prospettati dagli offerenti (e, quindi, non un'oggettiva impossibilità ma una mera incertezza,

che la Commissione ha inteso segnalare alla stazione appaltante ai fini della fase esecutiva, peraltro in relazione ad un problema comune, in quando indotto dalla formulazione della legge di gara).

9.4. Infine, quanto alle presunte criticità specifiche dell'offerta tecnica che ad avviso di parte appellante avrebbero reso il prospettato risparmio energetico "irrealizzabile", va sostanzialmente condiviso l'avviso del T.A.R., che ha reputato tali censure generiche e non dimostrate, in quanto muoventi da una personale lettura di pretesi profili di "erroneità" delle valutazioni tecniche dell'aggiudicataria (evidentemente non colti dalla Commissione di gara): al riguardo, è sufficiente ribadire il principio per cui il giudice non può sindacare nel merito le valutazioni tecniche sull'offerta riservate alla Commissione, se non in presenza di un'erroneità o incongruenza che sia prima facie percepibile, cosa che – per le ragioni fin qui esposte - non ricorre affatto nel caso di specie.

9.5. SIRAM lamenta una pretesa incompletezza o genericità dell'offerta risultata aggiudicataria (da cui sarebbe dovuta discendere l'applicazione del coefficiente di riduzione del punteggio).

Tuttavia tale incompletezza o genericità non è desunta dal raffronto con il parametro costituito dalla disciplina posta dalla legge di gara (rispetto alla quale l'offerta è conforme), ma dalla valutazione di essa appellante, anche in relazione ai dubbi manifestati dalla Commissione sulla concreta praticabilità del meccanismo predisposto.

SIRAM, in particolare, più volte insiste sulle risultanze dei verbali nei quali la Commissione dà atto della possibile inadeguatezza della – inoppugnata - legge di gara in punto di computo del risparmio energetico in relazione alla riduzione di potenza: tuttavia, nello stesso verbale citato da SIRAM si precisa a chiare lettere che "non era previsto a capitolato dimostrare tali dati di input circa il fabbisogno".

In altre parole, la Commissione ha coscientemente rilevato una possibile inadeguatezza della legge di gara rispetto alla tutela dell'interesse (non già degli offerenti, ma) del committente pubblico: e lo ha segnalato come elemento da verificare in fase esecutiva.

Tuttavia, la mancata impugnazione della legge di gara, e il fatto che le offerte contestate fossero sul punto ad essa conformi, non consente all'appellante di strumentalizzare ulteriormente tale segnalazione al fine di farne discendere una pretesa erroneità valutativa.

9.6. Né può sostenersi che il criterio del risparmio energetico non avesse natura meramente "quantitativa", in ragione della necessità di documentare in sede di offerta gli interventi proposti, indicando i dati necessari a consentire la verifica dei risparmi dichiarati.

Tale indicazione non incide infatti sulla natura del criterio, ma sugli adempimenti illustrativi e documentali concernenti le attività relative: e sempre nella prospettiva funzionale alla descritta natura del criterio medesimo (dovendosi comunque intendere la portata degli oneri documentali e dei relativi adempimenti non in chiave formalistica, ma in relazione alla specifica finalità di supporto dell'attività valutativa propria dello specifico criterio considerato).

Il quale aveva natura meramente quantitativa, giacché la legge di gara prevedeva che il relativo punteggio fosse attribuito in funzione della riduzione del consumo di energia: la documentazione da allegare serviva alla Commissione per delibare la serietà e la plausibilità dell'intervento e per applicare, se del caso, il coefficiente di concretezza.

La Commissione, plausibilmente, non lo ha applicato – per come invece preteso dall'odierna appellante - nei confronti dell'offerta dell'aggiudicataria perché questa, avuto riguardo alla *lex specialis*, non presentava profili tali da costituire presupposto per il ricorso al ridotto coefficiente.

10. Il ricorso in appello è pertanto infondato e come tale deve essere rigettato.

Il rigetto, nel merito, dei motivi di appello esime dallo scrutinio di ogni altra eccezione in rito proposta dalle parti appellate.

Le spese, liquidate come in dispositivo (avuto riguardo alla natura e alla complessità delle questioni trattate), seguono la regola della soccombenza.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del giudizio in favore delle parti appellate costituite, liquidate in complessivi euro settemilacinquecento/00, oltre accessori come per legge, per ciascuna parte appellata (ALISA, Regione Liguria, Consorzio Integra Società Cooperativa).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022.

#### **Guida alla lettura**

All'esito di una procedura per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, ammodernamento degli impianti delle strutture sanitarie regionali, l'impresa classificatasi al secondo posto ha impugnato gli atti di gara contestando la valutazione delle offerte e, in particolare, l'offerta tecnica dell'aggiudicatario.

In primo grado il ricorso viene ritenuto in parte inammissibile e in parte infondato.

Le doglianze del ricorrente non trovano poi accoglimento nemmeno innanzi al Consiglio di Stato.

Venendo al merito della questione, il ricorrente lamentava l'errata attribuzione di zero punti alla propria offerta tecnica nella parte in cui si doveva valutare la "*percentuale di riduzione dei tempi di intervento massimi previsti*" inserita tra i criteri di valutazione.

L'aver offerto una percentuale di riduzione pari al 100% dei tempi di intervento è stato interpretato dalla stazione appaltante come "*oggettivamente ineseguibile*" e, dunque, è stato attribuito un punteggio pari a zero al relativo criterio dell'offerta tecnica.

La ricorrente, oltre a censurare l'aprioristica negazione dell'attribuzione del relativo punteggio, deduceva la rilevanza solo in sede di esecuzione del contratto dei tempi di intervento.

Il profilo della rilevanza (soltanto) in sede esecutiva della riduzione dei tempi di intervento viene ritenuto **infondato** poiché il Collegio ha osservato come la valutazione dell'offerta tecnica impone anche la **verifica di praticabilità del contenuto dell'offerta stessa** e, dunque, si pone in un'ottica di prevenzione di possibili inadempimenti e della relativa comminatoria di penali in sede esecutiva.

L'interesse della stazione appaltante – egemone della stessa procedura ad evidenza pubblica – è quello di selezionare, in maniera chiara e trasparente, un contraente affidabile e serio, anche nel rispetto del principio di economicità.

L'indicazione di una riduzione percentuale del 100% di elementi dell'offerta tecnica, osserva il Consiglio di Stato, non ne comporta una riduzione bensì **un annullamento**. Nel caso di specie, infatti, i tempi di intervento (fra la manifestazione del problema e l'intervento) - ridotti del 100% - risultano annullati.

Il Consiglio di Stato richiama anche un recente parere di precontenzioso ANAC (delibera n. 26 del 18 gennaio 2017) con cui si è affermato che un'offerta tecnica connotata da riduzione dei tempi contrattuali tale da rendere la prestazione tecnicamente impossibile sia da ritenere inammissibile.

Né può ritenersi che fosse onere della Commissione quello di interpretare l'offerta tecnica formulata atteso che, diversamente, avrebbe dovuto **correggere e precisare** – in modo "creativo" e dunque manipolativo - l'indicazione dell'offerente, andando evidentemente oltre i propri poteri valutativi ed andando altresì.

Le restanti censure richiamano i precedenti motivi di ricorso inerenti all'offerta tecnica dell'aggiudicataria relativamente ai criteri di valutazione del risparmio energetico. La legge di gara, infatti, prevedeva l'attribuzione di un punteggio per il risparmio energetico conseguente alla riduzione offerta, salva l'applicazione di un **indice di concretezza** con cui valutare la

riduzione in base alla congruità?, all'adeguatezza ed all'utilità dell'ammodernamento proposto.

Le censure relative ai criteri di valutazione del risparmio energetico dell'offerta dell'aggiudicataria erano volte ad evidenziarne l'incongruità e, dunque, la conseguente mancata esclusione.

Il giudizio si conclude, infine, con il rigetto dell'appello proposto.