

## Offerta e oggetto dell'appalto

di Antonio Danza

Data di pubblicazione: 1-6-2018

*La Relazione Tecnica descrittiva dei lavori dell'offerta dell'aggiudicataria individua le due soluzioni progettuali: la prima esattamente conforme alla richiesta della Stazione appaltante e la seconda, anch'essa conforme all'esigenza, manifestata dalla Stazione Appaltante nella lex specialis di gara, di alimentare a biomassa la centrale, che si differenzia dalla prima semplicemente per una diversa collocazione spaziale, non imposta, come detto, dalla lex specialis*

*Pertanto la soluzione tecnica opzionale seguita dall'aggiudicataria per lo stabile di via Meda 44, per il suo contenuto solo migliorativo e per l'irrilevanza sul prezzo offerto, non costituisce affatto una lesione del principio dell'unicità dell'offerta, ma costituisce una soluzione migliorativa e non un'offerta alternativa o condizionata; soluzione migliorativa che è insita nell'adozione del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, metodo di selezione del contraente che persegue lo scopo di ricercare sul mercato soluzioni tecniche migliorative all'idea progettuale elaborata dall'Amministrazione e sulle quali il confronto competitivo è destinato a svolgersi.*

*Peraltro è vero che le soluzioni offerte devono restare nell'ambito delle caratteristiche fondamentali del progetto posto a base di gara, ma nel caso di specie, non vi era neppure alcun progetto specifico a base di gara con cui effettuare il confronto in modo rigido e rigoroso.*

### Guida alla lettura

Problema centrale della decisione in commento è il seguente: se l'impresa aggiudicataria possa collocare l'opera oggetto dell'affidamento in un luogo da essa scelto ma non esplicitamente individuato dal bando di gara; e, consequenzialmente, se ciò consista in una **inammissibile variazione dell'offerta** presentata, oppure in una **semplice modificazione migliorativa** della stessa, tale, cioè, da non stravolgerne i connotati essenziali.

Il Consiglio di Stato recepisce sostanzialmente i postulati argomentativi assunti dal T.a.r. competente a fondamento del giudizio di primo grado, i più rilevanti dei quali sono i seguenti:

1. innanzitutto la distinzione tra ciò che potrebbe essere definito come nucleo, struttura

intima essenziale dell'oggetto del contratto da affidare, così come descritto nel bando, e opportune soluzioni migliorative dello stesso oggetto. Per il T.a.r., e per il Consiglio di Stato, cioè, il contenuto essenziale del bando e dell'oggetto della gara non possono essere stravolti dalle offerte presentate dagli operatori concorrenti, né, ovviamente, dalle relative modifiche eventualmente apportate, o ancora da scelte discrezionali dei medesimi operatori. Ciò in quanto una simile condotta lederebbe, manifestamente, i **principi di par condicio e di unicità** della gara. Sarebbero le imprese partecipanti, infatti, conformemente ai loro interessi e alle loro capacità tecnico-finanziarie, a decidere quale prestazione eseguire, e non più la stazione appaltante, alla quale sola spetta determinare l'oggetto della gara maggiormente adeguato all'interesse pubblico da soddisfare.

2. Dalle ragioni appena esposte il Consiglio di Stato desume che l'aggiudicataria, come avvenuto nel caso di specie, possa collocare l'opera in un luogo da essa stessa individuato, purché tale scelta sia rispettosa, o non in contrasto, con l'essenza dell'oggetto contrattuale stabilito dall'amministrazione appaltante, *a fortiori* quando quest'ultima nulla disponga esplicitamente a tale proposito e la soluzione offerta sia migliorativa di quella originaria: *"La Relazione Tecnica descrittiva dei lavori dell'offerta dell'aggiudicataria individua le due soluzioni progettuali: la prima esattamente conforme alla richiesta della Stazione appaltante e la seconda, anch'essa conforme all'esigenza, manifestata dalla Stazione Appaltante nella lex specialis di gara, di alimentare a biomassa la centrale, che si differenzia dalla prima semplicemente per una diversa collocazione spaziale, non imposta, come detto, dalla lex specialis"*.

Tale conclusione sembra applicare il principio tipico delle civiltà giuridiche liberali: ai governati è permesso ciò che i governanti non vietano esplicitamente. Riassumono queste considerazioni le parole del T.a.r. richiamate dalla sentenza in esame: *"- Il limite da rispettare per non incorrere nella violazione dei **principi di unicità e par condicio** andava ricercato nella legge di gara e nella **corretta delimitazione dell'oggetto del contratto, non potendo l'offerente spingersi sino al punto di stravolgere l'ideazione ad esso sottesa**; - la possibilità per le imprese di proporre soluzioni migliorative, indispensabili o semplicemente utili sotto l'aspetto tecnico, incontrava il limite intrinseco consistente nel **divieto di alterare i caratteri essenziali della prestazione oggetto del contratto, come definiti nel progetto posto a base di gara**".*

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3761 del 2017, proposto da:  
Carbotermo Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

contro

Mm S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lamberti, Maurizio Corain e Pasquale Morra, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maurizio Corain in Roma, via Emilia, n. 86/90;

nei confronti

Cristoforetti Servizi Energia Spa, non costituita in giudizio;  
Engie Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Michele Guzzo e Alice Volino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giorgio Fraccastoro in Roma, via Piemonte, n. 39;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, Sez. IV, n. 00782/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mm S.p.A. e di Engie Servizi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Sansone Paolo, Morra Pasquale e Guzzo;

FATTO

1. Il Tribunale amministrativa regionale per la Lombardia, sez. IV, con la sentenza 3 aprile 2017, n. 782 ha in parte respinto e in parte dichiarato improcedibile il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall'attuale parte appellante per l'annullamento:

- del provvedimento, comunicato con nota 3 agosto 2016, di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio energia, comprendente la gestione global service, la condivisione, la manutenzione ordinaria e straordinaria e la riqualificazione degli impianti

termici di MM, CIG 63355705C1, numero gara 6114512, alla società Cofely Italia S.p.a.;

- della graduatoria stilata dalla commissione aggiudicatrice e dei verbali di valutazione delle offerte tecniche (verbale unico in data 7 aprile 2016) e di valutazione delle offerte economiche (verbale relativo alla terza seduta pubblica di gara ), tutti nella parte in cui collocano in posizione di prima e seconda in graduatoria le offerte, rispettivamente, di Cofely Italia S.p.a. e di Cristoforetti Servizi Energia S.p.a., in A.T.I. con CPL Concordia Group, nonché del verbale di valutazione delle offerte economiche, nella parte in cui non corregge l'errore materiale - indotto dallo speculare errore presente al comma 3, dell'art. 7 del CSA - commesso dalla ricorrente nella formulazione del prezzo ET3 dell'offerta economica, assegnando così per tale voce alla ricorrente punti 0,922 in luogo di 4,12;

- del contratto di appalto eventualmente medio tempore stipulato;

- di ogni altro atto presupposto o consequenziale, non noti gli estremi, del bando e del disciplinare di gara.

2. Il predetto tribunale ha in sintesi rilevato che:

- occorreva prendere atto della sopravvenuta carenza di interesse dichiarata da parte ricorrente nella memoria depositata il 27.12.2016, in ordine ai motivi di ricorso 2.2 e 2.5;

- il limite da rispettare per non incorrere nella violazione dei principi di unicità e *par condicio* andava ricercato nella legge di gara e nella corretta delimitazione dell'oggetto del contratto, non potendo l'offerente spingersi sino al punto di stravolgere l'ideazione ad esso sottesa;

- la possibilità per le imprese di proporre soluzioni migliorative, indispensabili o semplicemente utili sotto l'aspetto tecnico, incontrava il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali della prestazione oggetto del contratto, come definiti nel progetto posto a base di gara;

- la tesi della difformità del progetto proposto dall'aggiudicataria rispetto a quello posto a base della gara, con riferimento alle soluzioni proposte in relazione al punto 5.2. del CS era priva di fondamento;

- nel caso in esame non vi era affatto un progetto, neppure preliminare, posto a base di gara, appuntandosi la tesi dell'istante su una lettura restrittiva del capitolato speciale che, a ben vedere, non conduce affatto ad escludere la soluzione ipotizzata dall'aggiudicataria;

- in mancanza di una soluzione progettuale di riferimento predisposta dall'amministrazione nella *lex specialis*, dunque, non si poteva affatto sostenere né che la soluzione B della controinteressata desse luogo ad una variante, vietata o comunque in contrasto con la legge di gara, né, tantomeno, che la stessa integrasse un'offerta alternativa in violazione del principio di unicità sopra richiamato;

- si trattava, infatti, di un'unica offerta complessa, conformemente all'oggetto del bando, che

contemplava una pluralità di prestazioni, per una soltanto delle quali, quella concernente la riqualificazione degli impianti tecnici, veniva proposta una soluzione migliorativa rispetto alla mera sostituzione dell'impianto;

- l'infondatezza del primo motivo, unita alla sopravvenuta carenza d'interesse dichiarata da parte ricorrente in relazione al secondo, nel confermare la legittimità dell'aggiudicazione della gara alla prima classificata, denotava l'improcedibilità anche dei restanti motivi, inclusi quelli proposti sub n. 3.1 e ss., siccome rivolti avverso l'offerta della seconda classificata, posto che l'esponente, in quanto terza classificata, non avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione della gara.

3. L'interessata ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- *Error in iudicando* quanto alla motivazione di rigetto del primo motivo di ricorso di Carbotermo: *error in iudicando* in punto di violazione e falsa applicazione dell'art. 11, comma 6, d.lgs. n. 163-2006; violazione del principio di unicità della offerta e della *par condicio*; violazione e falsa applicazione del principio del divieto di offerte condizionate e della *lex specialis* di gara;

- *Error in procedendo ed in iudicando*; erroneità della pronuncia nella parte in cui ha statuito l'improcedibilità dei motivi di ricorso di primo grado proposti contro il concorrente secondo in graduatoria;

- Reiterazione delle censure proposte avverso l'impresa seconda in graduatoria, ATI Cristoforetti-CPL, non esaminate in primo grado, perché erroneamente ritenute improcedibili.

4. Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante, che ha chiesto la reiezione dell'appello ed ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e dei motivi aggiunti, e la controinteressata, chiedendo anch'essa la reiezione dell'appello.

5. All'udienza pubblica del 15 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Si può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalla parte resistente MM, stante l'infondatezza nel merito dell'appello.

2. Infatti, in relazione ai motivi di impugnazione dedotti, nella prima parte del primo motivo di appello (ove si deduce che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché, in relazione allo stabile di Via Meda 44, avrebbe proposto un'offerta tecnica "duplice ed alternativa", in contrasto con la *lex specialis*), si deve rilevare che l'oggetto dell'affidamento, come risulta dal Bando (pag. 8) e dal Capitolato Speciale di Appalto (art. 5.2), consiste nella realizzazione di una centrale termica a biomasse in luogo della attuale centrale a metano in uno degli edifici di gara.

La soluzione proposta dalla aggiudicataria ha confermato la realizzazione di una centrale termica con le caratteristiche di efficientamento energetico richieste in sede di gara, non proponendo pertanto alcuna alternativa inammissibile: oltre alla ricollocazione della centrale trasformata nel medesimo vano in cui si trova ora quella a metano, l'aggiudicataria ha anche proposto una variante migliorativa consistente nella collocazione della medesima in una zona dedicata creata all'interno dell'autorimessa.

Ciò posto, si osserva in primo luogo che nel Bando e nel Capitolato Speciale d'Appalto non si rinvenivano prescrizioni specifiche riguardanti l'esatta collocazione della caldaia, tanto che neppure l'appellante ha potuto individuare puntualmente la prescrizione della *lex specialis* di gara che si assumerebbe violata; l'unica disposizione concernente l'intervento da attuare in Via Meda n. 44 è l'individuazione di "interventi minimi di riqualificazione impiantistica" consistente nella trasformazione dell'alimentazione della centrale da gas metano a biomassa (pag. 5 del Bando).

La Relazione Tecnica descrittiva dei lavori dell'offerta dell'aggiudicataria individua le due soluzioni progettuali: la prima esattamente conforme alla richiesta della Stazione appaltante e la seconda, anch'essa conforme all'esigenza, manifestata dalla Stazione Appaltante nella *lex specialis* di gara, di alimentare a biomassa la centrale, che si differenzia dalla prima semplicemente per una diversa collocazione spaziale, non imposta, come detto, dalla *lex specialis*.

3. Inoltre, come correttamente rilevato dal TAR, a diverse conclusioni non può indurre il chiarimento n. 44, richiamato dalla parte appellante, atteso che la stazione appaltante non può, in sede di chiarimenti, modificare le previsioni della legge di gara, introducendo prescrizioni vincolanti non desumibili dalla stessa *lex specialis* (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74).

Né a diversa conclusione può indurre la circostanza che la Stazione Appaltante, nei verbali di gara, definisca come "alternativa" l'offerta di Engie, trattandosi chiaramente di un'espressione utilizzata in modo atecnico.

Una lettura attenta del verbale della Commissione di gara, infatti, induce a ritenere che si tratti di una descrizione di quanto offerto in termini puramente progettuali, ovvero di mere soluzioni migliorative.

Né, infine, possono ricavarsi argomenti a favore della tesi dell'appellante dal fatto che i giustificativi prodotti dall'aggiudicataria per dimostrare la congruità della propria offerta non terrebbero conto dei costi per la demolizione e lo smaltimento dell'impianto esistente.

Tale argomentazione, infatti, si fonda sull'erroneo presupposto di considerare "alternativa" l'offerta di Engie: trattandosi invece di mera soluzione migliorativa, è evidente che la soluzione proposta non ha neppure ricevuto una quotazione economica separata, come si evince chiaramente dai primi e dai secondi giustificativi offerti dalla scrivente società (cfr. doc. 13 e 14 dell'indice di primo grado del 21.12.2016).

4. Pertanto la soluzione tecnica opzionale seguita dall'aggiudicataria per lo stabile di via Meda 44, per il suo contenuto solo migliorativo e per l'irrelevanza sul prezzo offerto, non costituisce affatto una lesione del principio dell'unicità dell'offerta, ma costituisce una soluzione migliorativa e non un'offerta alternativa o condizionata; soluzione migliorativa che è insita nell'adozione del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, metodo di selezione del contraente che persegue lo scopo di ricercare sul mercato soluzioni tecniche migliorative all'idea progettuale elaborata dall'Amministrazione e sulle quali il confronto competitivo è destinato a svolgersi.

Peraltro è vero che le soluzioni offerte devono restare nell'ambito delle caratteristiche fondamentali del progetto posto a base di gara, ma nel caso di specie, non vi era neppure alcun progetto specifico a base di gara con cui effettuare il confronto in modo rigido e rigoroso.

5. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, restando assorbite le censure riguardanti la posizione del secondo classificato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 4.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna parte appellata, costituita in appello.

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