

N. 01144/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00193/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 193 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Pvb Solutions S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Adami, con domicilio eletto presso
Marco Solveni in Venezia, Castello, 5204;

contro

Azienda Ulss N. 2 Feltre (Bl), rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Biagini, Andrea Giuman,
con domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce, 466/G;

nei confronti di

Gemmo S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Stefania Lago, Nicola Creuso, con domicilio eletto
presso la Segreteria dell'intestato TAR, ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.; Prima Vera
S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Franco Zambelli, Vittorio Domenichelli, Alessandra Maria
Bazzani, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

per l'annullamento

della deliberazione n. 36 del 30 gennaio 2014, del Direttore Generale della ULSS n. 2 Feltre, di
aggiudicazione definitiva alla Gemmo s.p.a. della gara per l'affidamento dei servizi energia degli
impianti tecnologici della ULSS n. 2 di Feltre (BL) e realizzazione del Nuovo Polo Tecnologico
dell'Ospedale di Feltre nell'ambito degli interventi di riqualificazione energetica dei sistemi urbani;
nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 2 Feltre (Bl) e di Gemmo S.p.A. e di Prima Vera S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Gemmos.P.A., rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Stefania Lago, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR, ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, PVB Solutions s.p.a. ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, disposta (con deliberazione n. 36 del 30 gennaio 2014 del Direttore Generale della ULSS n. 2 di Feltre) in favore di Gemmo s.p.a., della gara per l'affidamento dei servizi energia degli impianti tecnologici della ULSS n. 2 di Feltre, per un periodo di nove anni, e per la realizzazione del Nuovo Polo Tecnologico dell'Ospedale di Feltre, nonché il provvedimento di esclusione di Prima Vera s.p.a., per violazione degli artt. 88, 11 e 12 del d.lgs. n. 163 del 2006, della *lex specialis* e dei principi di buona amministrazione e di concorrenza.

2. La ricorrente, terza classificata nell'ambito della procedura selettiva sopra citata, lamenta che la gara in questione sarebbe stata "perturbata" dall'offerta "irregolare, oltre che anomala", formulata da Prima Vera s.p.a. che avrebbe impedito il corretto funzionamento della formula economica della legge di gara a causa dell'eccessivo ribasso del costo dei lavori indicato in euro 52.500,00 a fronte di una base d'asta di oltre cinque milioni di euro.

2.1. In applicazione della formula matematica prevista per l'assegnazione dei punti, Prima Vera s.p.a., avendo "offerto (quasi) zero" per l'esecuzione dei lavori avrebbe totalizzato il punteggio di 15 punti, a fronte del punteggio di 0,19 e di 0,15 conseguito rispettivamente da PVB (con 1.150.000,00 euro di ribasso) e da Gemmo s.p.a. (con 6.000,00 euro di ribasso).

2.2. Per effetto dello "schiacciamento" determinato dall'offerta di Prima Vera, dunque, la differenza economica di oltre un milione fra la ricorrente e la controinteressata si riduceva a soli 0,04 punti.

2.3. Inoltre, malgrado l'indicazione in sede di offerta economica dell'impegno a corrispondere alla stazione appaltante, a titolo di cofinanziamento delle opere di cui al "POR FESR 2007-2013-Asse 2 Energia- Azione 2.1.2." – "Interventi di riqualificazione energetica dei sistemi urbani: teleriscaldamento e miglioramento energetico degli edifici pubblici –, il contributo di euro 3.000.000, conseguendo così il massimo del punteggio per il criterio sub "P3" della lettera d'invito, Prima Vera s.p.a. avrebbe poi chiarito (in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta) che intendeva "effettivamente realizzare i lavori a soli 52.000 euro, remunerandosi per il resto con gli importi del servizio annuale", senza tuttavia corrispondere il citato contributo.

3. Ciò posto, la Commissione giudicatrice non avrebbe dovuto, in assoluto, valutare l'offerta di Prima Vera s.p.a., trattandosi di un'offerta abnorme.

3.1. Viceversa la Commissione, dopo aver proceduto alla verifica dell'anomalia dell'offerta, ha escluso l'offerta in quanto "manifestamente incongrua" senza tuttavia rideterminare la graduatoria, ma limitandosi a scorrere nella graduatoria provvisoria già esistente.

4. Tale *modus operandi* integrerebbe una duplice violazione: da un lato, dell'art. 88 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 121, comma 3, del DPR 207 del 2010 che prevedono che l'aggiudicazione debba intervenire in favore della "miglior offerta non anomala", dall'altro dei principi di buona amministrazione, giacché PVB avrebbe senz'altro formulato un'offerta economica migliore (in quanto meno dispendiosa) di quella della controinteressata Gemmo.

5. Si è costituita l'ULSS n. 2 di Feltre la quale, con articolate deduzioni difensive, ha concluso per il rigetto del ricorso in quanto "inammissibile e infondato in fatto e in diritto".

6. Si è costituita anche la controinteressata che, oltre a controdedurre nel merito delle censure sollevate, ha proposto ricorso incidentale avverso tutti gli atti impugnati dalla ricorrente e comunque avverso tutti i verbali e gli atti della procedura selettiva in esame nella parte in cui hanno proceduto all'ammissione in gara, anziché all'esclusione, di PVB Solutions s.p.a., per violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 163 del 2006 e del punto III.2.3, del bando di gara, nonché degli artt. 118 e 41 del d.lgs. n. 163 del 2006.

6.1. Secondo la ricorrente incidentale, infatti, da un lato, PVB Solutions s.p.a. non sarebbe in possesso del requisito di capacità tecnica richiesto per eseguire la principale parte della prestazione afferente il servizio energia, in quanto due dei tre servizi dichiarati (e comprovati) non sarebbero di tipo assimilabile a quello oggetto di gara non integrando servizi prestati a favore né di plessi ospedalieri né di strutture sanitarie in senso lato.

6.2. Dall'altro, due delle tre certificazioni prodotte da PVB non sarebbero idonee a comprovare di aver eseguito – negli ultimi tre anni- almeno tre servizi di carattere "affine" rispetto al servizio oggetto di gara, circostanza che, oltre a dimostrare la carenza in concreto del requisito necessario per partecipare alla gara, già di per sé avrebbe dovuto comportare un'autonoma causa di esclusione per violazione dell'art. 75 del DPR 445/2000, nonché ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, in ragione del fatto che PVB era stata sorteggiata per la "comprova" dei requisiti dichiarati richiesti dalla *lex specialis*.

6.3. Inoltre la dichiarazione di subappalto per l'esecuzione delle opere OG1 (per le quali la ricorrente non possiede la necessaria qualificazione) fatta da PVB difetterebbe del nominativo del subappaltatore, malgrado si tratti di subappalto cd. "necessario".

6.5. Infine, anche le due referenze bancarie presentate da PVB non sarebbero idonee né sotto il profilo sostanziale né sotto quello formale a consentirne l'ammissione in gara, essendovi incertezza circa la loro provenienza dall'istituto e, comunque, dal soggetto abilitato e munito dei poteri per rendere la dichiarazione richiesta dalla legge concorsuale.

7. In vista dell'udienza di discussione tutte le parti hanno depositato articolate memorie difensive e di replica e, all'udienza pubblica del 9 luglio 2014, dopo rituale discussione dei procuratori delle parti costituite, la causa è stata trattenuta per la decisione.

8. Preliminarmente deve essere stabilito l'ordine logico dell'esame delle questioni.

8.1. Il Collegio ritiene che, pur essendo stato proposto un ricorso incidentale ‘escludente’ in quanto solleva un’eccezione di carenza di legittimazione della ricorrente principale non aggiudicataria, debba essere esaminato prioritariamente il ricorso principale per ragioni di economia processuale.

9. Passando all’esame del merito, il ricorso principale non merita accoglimento.

9.1. Il primo motivo di censura si fonda sull’erroneo presupposto secondo cui il riferimento alla miglior offerta” non anomala operato dall’art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006, in caso di esclusione della prima graduata, comporti la necessità di una nuova attribuzione di punteggi, anziché con lo scorrimento della graduatoria.

9.2. Ed invero, la citata disposizione stabilisce che: «La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell’avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All’esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all’esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all’aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala».

9.3. Il dato normativo stabilisce dunque il principio opposto: una volta stilata la graduatoria provvisoria, la stazione appaltante, ove rilevi l’incongruità dell’offerta della prima graduata, procede “progressivamente” nei confronti delle successive offerte, sino ad “individuare la migliore offerta non anomala”, con conseguente impossibilità di modificare la graduatoria stessa nel caso sia possibile uno scorrimento che consenta l’aggiudicazione ad un’offerta non anomala.

9.4. Sicché l’aggiudicazione a Gemmo s.p.a., quale seconda classificata, in forza di un’offerta non anomala, risponde esattamente alla logica della previsione normativa sopra riportata.

Né alcuna disposizione della legge di gara imponeva la riattribuzione del punteggio in luogo dello scorrimento.

9.5. Peraltro, in mancanza di alcun limite al ribasso da potersi offrire per l’esecuzione dei lavori, proprio in considerazione della natura “mista” dell’appalto – che prevedeva, oltre all’esecuzione dei lavori, una gestione pluriennale dalla quale il concorrente avrebbe potuto ritrarre marginalità positive in forza dei relativi ricavi – l’offerta di Prima Vera s.p.a. non poteva essere considerata “invalida” e dunque immeritevole di partecipare alla gara, ma esclusivamente “anomala”, ed in quanto tale soggetta al sub-procedimento di verifica, così come in concreto attivato dalla stazione appaltante mediante l’invio di richiesta di giustificazioni, con nota in data 18.12.2013.

9.6. Solo all’esito dell’istruttoria svolta, la stazione appaltante ha potuto accertare le insuperabili criticità dell’offerta formulata, disponendo conseguentemente l’esclusione del RTI Prima Vera s.p.a./Melato s.r.l. per “manifesta incongruità” (ai sensi dell’art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006).

9.7. Inoltre, deve al contempo escludersi la pretesa violazione del principio di buon andamento per il fatto che l’aggiudicazione sia avvenuta nei confronti di un’offerta economica (quella di Gemmo) meno conveniente di quella offerta dalla stessa ricorrente, in quanto più dispendiosa (per la precisione euro 5.344.000,00 per Gemmo ed euro 4.200.000,00 per PVB).

9.8. Infatti, trattandosi di procedura esperita sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'aggiudicazione deve necessariamente essere frutto della valutazione di una pluralità di elementi fra loro eterogenei, realizzando un'integrazione fra il dato economico e quello tecnico e qualitativo.

9.9. Alla stregua di tale parametro, dunque, la "miglior offerta" non è quella più economica, bensì quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo.

10. Alla stregua delle considerazioni svolte, il ricorso principale deve pertanto essere respinto sotto tutti i profili sollevati.

11. Dalla reiezione del ricorso principale deriva l'inammissibilità del ricorso incidentale.

12. Le spese di giudizio, considerata la complessità della questione sollevata (con il primo motivo di ricorso) e tenuto conto di tutte le circostanze del giudizio, possono essere eccezionalmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e, conseguentemente, dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/08/2014

IL SEGRETARIO

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