

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 19/09/2016**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38594-valutazione-comparata-di-efficienza-e-di-risparmio-non-elaborazione-o-l-applicazione-di-un-nuovo-sub-criterio>**

**Autore: Lazzini Sonia**

## **Valutazione comparata di efficienza e di risparmio non elaborazione o l'applicazione di un nuovo sub-criterio**

## **Consiglio di Stato decisione numero 1083 del 16 marzo 2016**

si sostiene l'esclusione della possibilità per la commissione di gara di introdurre nuovi criteri di valutazione oltre a quanto determinato dal bando.

Sonia lazzini

Inoltre, si deduce che, a fronte di criteri e sub - criteri coerenti e specificati dal bando di gara, la commissione giudicatrice avrebbe utilizzato alcuni sub - criteri sostanzialmente non indicati nel bando e ne avrebbe pretermessi altri, invece previsti nel disciplinare di gara, tanto da sovvertire l'intera graduatoria finale, in particolare con il punteggio di cui sub – criterio B4.

Al riguardo, osserva la Sezione che - dalla lettura del verbale della VI seduta della commissione di gara, tenutasi il 21 luglio 2014 – risulta come la stessa commissione abbia dapprima descritto le metodologie di scelta da seguirsi (in specie per il criterio B4 e sub, vale a dire per la valutazione degli interventi facoltativi proposti dei concorrenti, assegnando ad ogni intervento un peso specifico in base alla loro importanza, tanto economica quanto tecnica) ed abbia poi effettuato una valutazione del vantaggio derivante alla stazione appaltante in termini di confort, di durabilità nel tempo e di performance sui complessi immobiliari ed in generale sull'ambiente, con seguente valutazione proporzionale all'incidenza degli interventi, con un giudizio in base al valore complessivo.

Valutata la documentazione e le deduzioni formulate, la Sezione non intravede mancanze ed omissioni, e neppure inammissibili innovazioni rispetto a quanto previsto nel bando di gara e nel disciplinare da esso richiamato, il quale, per quanto concerne il sub-criterio B4.1, stabilisce la valutazione tecnica degli interventi facoltativi proposti in relazione alle loro caratteristiche funzionali, tecnologiche e innovative, finalizzate in particolare al raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico e la loro fattibilità economica e armonizzazione con l'impiantistica esistente. Pertanto, nel complesso, si deve ritenere ragionevole la determinazione con cui l'Amministrazione ha effettuato una valutazione comparata di efficienza e di risparmio, che non ha in sostanza comportato la elaborazione o l'applicazione di un

nuovo sub-criterio

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 1083 del 16 marzo 2016

N. 01083/2016REG.PROV.COLL.

N. 06761/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

#### FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso di primo grado n. 2638 del 2014 (proposto al TAR per la Lombardia), la s.p.a. ricorrente ha impugnato il bando approvato con determinazione dirigenziale n. 133/07 del 24 aprile 2014, recante l'indizione della **gara** a procedura aperta, nonché l'aggiudicazione definitiva per la fornitura del servizio energia e per l'esecuzione degli interventi di ammodernamento tecnologico degli impianti del Comune di Pavia, per la durata di nove anni, ai sensi dell'allegato II del D. Lgs. n. 115 del 2008.
2. Con la sentenza n. 933 del 14 aprile 2015, il TAR ha accolto la terza censura del ricorso incidentale ‘escludente’ proposto dalla S.r.l. controinteressata 2 ed ha dichiarato improcedibile il ricorso principale.
3. Con l'appello in esame, la società originaria ricorrente ha impugnato la sentenza del TAR ed ha chiesto che, in sua riforma, il ricorso di primo grado sia dichiarato procedibile e sia accolto, perché fondato.

La società originaria controinteressata ha depositato un appello incidentale ed ha chiesto che comunque l'appello principale sia respinto.

Anche il Comune di Pavia ha chiesto che l'appello principale sia respinto.

4. Ritiene la Sezione che risulta fondata la prima censura dell'appello principale, con cui è stata

lamentata l'erroneità della statuizione con cui il TAR ha accolto il terzo motivo del ricorso incidentale di primo grado.

Infatti, come ha correttamente rilevato l'appellante principale, l'art. 2, nel primo inciso del comma 1 trices del D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 192, richiamato specificamente dal capitolato al punto 1.11.4, considera equipollenti le locuzioni di impianti termici e di impianti di climatizzazione.

Pertanto, contrariamente a quanto ha rilevato la sentenza impugnata, risulta la fondatezza della censura della società appellante principale, circa l'idoneità della propria certificazione ISO per partecipare alla **gara**.

5. Si può prescindere dalle altre eccezioni e questioni pregiudiziali sollevate dalle parti appellate, in quanto risultano infondati gli altri motivi dell'appello principale, con cui sono state riproposte le censure del ricorso principale di primo grado.

6. Con il primo di questi motivi, si sostiene l'esclusione della possibilità per la commissione di **gara** di introdurre nuovi criteri di valutazione oltre a quanto determinato dal bando.

Inoltre, si deduce che, a fronte di criteri e sub - criteri coerenti e specificati dal bando di **gara**, la commissione giudicatrice avrebbe utilizzato alcuni sub - criteri sostanzialmente non indicati nel bando e ne avrebbe pretermessi altri, invece previsti nel disciplinare di **gara**, tanto da sovvertire l'intera graduatoria finale, in particolare con il punteggio di cui sub – criterio B4.

Al riguardo, osserva la Sezione che - dalla lettura del verbale della VI seduta della commissione di **gara**, tenutasi il 21 luglio 2014 – risulta come la stessa commissione abbia dapprima descritto le metodologie di scelta da seguirsi (in specie per il criterio B4 e sub, vale a dire per la valutazione degli interventi facoltativi proposti dei concorrenti, assegnando ad ogni intervento un peso specifico in base alla loro importanza, tanto economica quanto tecnica) ed abbia poi effettuato una valutazione del vantaggio derivante alla stazione appaltante in termini di confort, di durabilità nel tempo e di performance sui complessi immobiliari ed in generale sull'ambiente, con seguente valutazione proporzionale all'incidenza degli interventi, con un giudizio in base al valore complessivo.

Valutata la documentazione e le deduzioni formulate, la Sezione non intravede mancanze ed omissioni, e neppure inammissibili innovazioni rispetto a quanto previsto nel bando di **gara** e nel disciplinare da esso richiamato, il quale, per quanto concerne il sub-criterio B4.1, stabilisce la valutazione tecnica degli interventi facoltativi proposti in relazione alle loro caratteristiche funzionali, tecnologiche e innovative, finalizzate in particolare al raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico e la loro fattibilità economica e armonizzazione con l'impiantistica esistente. Pertanto, nel complesso, si deve ritenere ragionevole la determinazione con cui l'Amministrazione ha effettuato una valutazione comparata di efficienza e di risparmio, che non ha in sostanza comportato la elaborazione o l'applicazione di un nuovo sub-criterio.

7. Con il secondo motivo, l'appellante principale ha dedotto che i cosiddetti chiarimenti della stazione appaltante avrebbero variato le previsioni del bando e del disciplinare.

In particolare, essa si è riferita al chiarimento reso in risposta alla domanda n. 43, secondo cui gli elementi di risparmio non dovevano essere espressi in MWh, ma dovevano contenere gli elementi dei quali sarebbero potuti emergere gli interventi proposti e ne avrebbero potuti consentire la valutazione tecnica: tutto ciò era coerente con la previsione di bando di autofinanziare l'investimento necessario connesso al risparmio di energia, sicché una rappresentazione di

risparmio offerta e percentuale sarebbe stata l'unica lettura possibile della clausola.

Al riguardo, la Sezione ritiene che la censura non risulta fondata.

La deduzione dell'appellante principale si pone in contrasto con il principio generale per il quale, salvo espresse e limitate previsioni di bando, non devono sussistere commistioni tra l'offerta tecnica e l'offerta economica.

Una interpretazione corrispondente a quella ipotizzata dalla appellante principale avrebbe comportato inequivocabilmente questa commissione, poiché l'indicazione dell'offerta tecnica della funzione matematica dei MWh si sarebbe riflessa pacificamente sull'offerta economica.

8. Con il terzo motivo, l'appellante principale sostiene che un commissario esterno componente della commissione giudicatrice avrebbe in precedenza svolto compiti di esecuzione del servizio oggetto della procedura di **gara**.

In particolare, essa ha fatto riferimento all'ing. Davide Mariani, che aveva svolto l'incarico di individuare e di censire le utenze energetiche, di valutare il corretto esercizio dell'utenza, di esaminare le opportunità di interventi di ottimizzazione dell'uso dell'energia, di individuare eventuali interventi di contenimento del consumo energetico (incarico conferito nel 2010 e svolto fino al 2012, ad avviso dell'appellante sovrapponibile ad una delle attività oggetto di affidamento con il contratto posto in **gara**).

Ritiene la Sezione che anche questa censura vada respinta.

L'art. 84, comma 4, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, stabilisce che « I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta».

Nel caso di specie, l'appellante principale ha fatto riferimento ad un incarico affidato quattro anni prima dell'indizione della **gara** e conclusosi due anni prima.

Rilevano dunque le precisazioni formulate in materia dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 13 del 2013, sui soggetti i quali «siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale».

Non è questo il caso posto all'esame del Collegio.

Nella specie, come ha puntualmente rilevato l'Amministrazione appellata, l'ing. Mariani risulta come un tecnico del ramo che anni prima si è occupato della materia nel Comune di Pavia (in quanto tra il 2011 e il 2014 è stato nominato come responsabile per la conservazione e l'uso razionale dell'energia, ai sensi dell'art. 19 della legge n. 10 del 1991), ma che nulla ha avuto a che vedere con la predisposizione della procedura concorsuale.

9. Con il quarto motivo, l'appellante principale sostiene che sarebbe stato violato il disciplinare quanto alla struttura dell'offerta tecnica, che andava in un ordine determinato in fascicoli e documenti in una sequenza obbligata, da constatare a cura della commissione di **gara** nella fase dell'apertura della busta, passaggio in seduta unica per verificarne l'integrità e la completezza.

Nel caso di specie, la commissione - nel procedere all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica ai fini della verifica formale della loro completezza – si sarebbe limitata a dare atto della completezza, senza dare effettivamente atto anche della compiuta verifica sulla regolarità dei documenti in esse contenuti.

Il Collegio rileva l'infondatezza in punto di fatto della censura, poiché nella seduta pubblica del 16

luglio 2014, come risulta dal verbale, la commissione di **gara** ha proceduto all'apertura delle buste “B offerta tecnica” di tutti i concorrenti in **gara**, ai fini della verifica formale della completezza del loro contenuto, ritenendo completa la documentazione per tutti i concorrenti, poi passando all'ammissione delle sei imprese concorrenti.

Non è emerso quindi alcun elemento che possa far ritenere attendibile la ricostruzione dedotta.

10. Per le ragioni che precedono, previo accoglimento del motivo dell'appello principale sulla infondatezza del terzo motivo del ricorso incidentale di primo grado, l'appello principale va respinto nella restante parte, con conseguente reiezione del ricorso principale di primo grado (ed assorbimento per le restanti parti dell'appello incidentale).

In considerazione dell'accoglimento parziale delle doglianze dell'appellante principale, si ritiene equo compensare le spese di giudizio tra le parti, per entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale n. 6761 del 2015, lo accoglie per quanto concerne l'infondatezza della censura del ricorso incidentale accolta dal TAR, lo respinge per il resto, sicché respinge il ricorso di primo grado n. 2638 del 2014 e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate dei due gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2016

IL SEGRETARIO

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