



FEDERCULTURE

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4940 del 2017, proposto da:

B.E. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Adriano Raffaelli, Fabio Elefante, con domicilio eletto presso lo studio Studio Rucellai & Raffaelli in Roma, via dei Due Macelli, 47;

contro

S. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Paolo Neri, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri, 5;

nei confronti

Provincia di Padova, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Velluto, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via delle 4 Fontane, 20;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00519/2017, resa tra le parti, concernente Richiesta di annullamento, da parte di S. s.p.a.: (i) della determinazione dirigenziale n. 298 del 7 marzo 2017 (comunicata alla ricorrente via p.e.c. in data 29 marzo 2017) con cui la Provincia di Padova ha aggiudicato alla ditta B.E. s.r.l. la 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) ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. m) del D.Lgs. n. 115 del 2008 - CIG (...); (ii) di ogni ulteriore atto comunque connesso per presupposizione o consequenzialità, ivi compresi, per quanto occorrer possa, i verbali di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla procedura della ditta B., nonché la lettera d'invito qualora dovesse essere interpretata nel senso di escludere



FEDERCULTURE

l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 86 D.Lgs. n. 163 del 2006; nonché richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto che dovesse essere stipulato tra la Provincia di Padova e la ditta B.; e richiesta di condanna della resistente Amministrazione provinciale al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della concessione alla ditta ricorrente e conseguente stipulazione del contratto, ovvero, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S. s.p.a. e della Provincia di Padova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2017 il Cons. Daniele Ravenna e uditi per le parti gli avvocati Fabio Elefante, Andrea Manzi in dichiarata delega dell'avv. Luigi Manzi, Paolo Neri, Giuseppe Velluto;

Svolgimento del processo

Come rappresenta l'appellante B.E. s.r.l (di seguito semplicemente "B."), la Provincia di Padova ha indetto una procedura ristretta per la selezione di una E.S. per la concessione mista (beni e servizi) per la riqualificazione energetica e la gestione degli edifici pubblici di proprietà della Provincia, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi (FTT) ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera m), del D.Lgs. 30 maggio 2008, n. 115 (Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE).

Hanno formulato l'offerta entro il termine tre concorrenti, rispettivamente graduatisi - in esito alla procedura selettiva - 1 l'appellante B., 2 S. s.p.a. e 3 C.S.E. s.p.a; B. ha quindi, il 7 marzo 2017, ottenuto l'aggiudicazione definitiva.

S. e C. hanno impugnato rispettivamente l'aggiudicazione a B. e più ampiamente l'intera procedura di gara.

I due ricorsi sono stati discussi congiuntamente alla camera di consiglio di primo grado il 17 maggio 2017, in esito alla quale è stata adottata la sentenza in forma semplificata ora appellata. Questa ha dichiarato inammissibile il ricorso di C. e ha accolto il primo motivo di doglianza del ricorso di S., con assorbimento dei restanti; conseguentemente ha annullato



FEDERCULTURE

l'aggiudicazione definitiva a B., dichiarato l'esclusione della sua offerta e rimesso alla stazione appaltante i successivi adempimenti.

Avverso tale sentenza l'appellante B. prospetta i seguenti motivi, premettendo che la sentenza appellata male avrebbe considerato alla stessa stregua il Piano economico finanziario (PEF) e l'offerta economica propriamente intesa - mentre sono atti distinti - e negato la legittimità del soccorso istruttorio, così privando l'Amministrazione di un'offerta ben più conveniente sia dal lato tecnico che da quello economico. Di seguito si riproduce la numerazione dell'atto di appello.

I. Il giudice avrebbe accolto la (sola) argomentazione di S., per la quale il PEF - che sarebbe parte integrante dell'offerta - avrebbe violato la *lex specialis*, essendo articolato su sedici anni e non su quindici; quindi anche l'offerta sarebbe viziata a pena di esclusione.

I.1. Sarebbe infondata la tesi di S., accolta dalla sentenza, che il PEF sarebbe parte integrante dell'offerta economica.

I.2. La sentenza avrebbe trasferito sull'offerta economica vizi che, anche se sussistenti, sarebbero del PEF strettamente inteso, e che non rileverebbero ai fini dell'attribuzione del punteggio finale, che si fonda sull'offerta e non sul PEF.

I.2.1. PEF e offerta sono da considerare separatamente, tant'è che sono oggetto di distinte previsioni della *lex specialis* e sono valutati in sedi diverse (seduta riservata il primo, pubblica la seconda).

I.2.2. L'offerta economica sarebbe conforme alla *lex specialis*; nulla consentirebbe di concludere che si sia in presenza di una articolazione su sedici anni. Del resto la *lex specialis* chiedeva di articolare l'offerta non su quindici anni, bensì su base annuale.

I.3. Erroneamente la sentenza avrebbe ritenuto che i concorrenti fossero chiamati a formulare sconti su importi calcolati alla luce dell'intera durata dell'affidamento. Al contrario, la gara avrebbe previsto la formulazione dell'offerta e dei correlati ribassi, sulla base di una ponderazione annuale del servizio.

I.4. Anche a ritenere che l'offerta di B. consideri sedici anni e non quindici, non ne risulterebbe alterata la consistenza economica, che rimarrebbe conveniente per la Provincia e sostenibile per la società. Infatti i valori economici indicati nell'offerta rimarrebbero invariati anche su base quindicennale e la società otterrebbe comunque un utile superiore ai costi.



FEDERCULTURE

I.4.1. Anche in presenza di un "nuovo" PEF articolato su quindici anni, che l'appellante deposita agli atti, l'offerta resta identica alla iniziale, i suoi valori non dipendendo dal PEF, che solo deve spiegarne la sostenibilità. Inoltre, considerato che i costi sono sviluppati su base annua e che l'investimento programmato è indipendente dalla durata della concessione, già il PEF iniziale (articolato su sedici anni) sarebbe idoneo a spiegare la sostenibilità di un'offerta valida quindici anni. Ciò sarebbe dimostrato dall'indicatore "Payback Period" del PEF originario, che dimostrerebbe un tempo di recupero dell'investimento pari a 14,6 anni.

I.4.2. Anche articolando il PEF su quindici anni, gli indicatori di redditività dell'investimento restano ampiamente positivi. L'appellante rappresenta che il nuovo PEF, la cui produzione nel giudizio di primo grado è stata resa impossibile dalla definizione anticipata del giudizio stesso, dovrebbe essere ammesso nel presente giudizio ex art. 104, comma 2, cod. proc. amm..

I.5. Il fatto che il PEF sia stato articolato su un anno in più rende non applicabile alla fattispecie la giurisprudenza che ha sanzionato la presentazione di un PEF incompleto. D'altro canto, una giurisprudenza ha ammesso una rimodulazione del PEF in corso di gara e per la quale gli errori materiali del PEF, non in grado di alterare la sostenibilità dell'offerta, non conducono all'irregolarità della stessa, purché redatta in conformità alla legge di gara.

I.6. Non potrebbe sostenersi che B. abbia determinato una durata del contratto non conforme a quanto richiesto dalla lettera di invito e dallo schema di contratto, poiché in realtà la durata contrattuale sarebbe di quindici anni, cui dovrebbero aggiungersi le attività comprese fra la consegna degli impianti e la consegna dei lavori.

I.7. Avrebbe errato la sentenza affermando che la difformità dell'offerta di B. avrebbe dovuto comportare la sua esclusione:

I.7.1. in primo luogo perché la gara sarebbe retta dal D.Lgs. n. 163 del 2006 e non dal D.Lgs. n. 50 del 2016, erroneamente richiamato dalla sentenza.

I.7.2. Inoltre l'offerta sarebbe completa, aderente alla lex specialis e valida sull'arco dei quindici anni.

I.7.3. Inoltre non sussisterebbe una causa espulsiva di quelle dell'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163 del 2006, atteso che l'arco temporale considerato nel PEF potrebbe configurare, al più, un falso innocuo, sua funzione essendo di illustrare la sostenibilità dell'offerta economica e la stessa sussistendo anche considerando una articolazione del PEF su quindici anni, la irregolarità non produrrebbe conseguenza sulla validità dell'offerta.



FEDERCULTURE

II. Erroneamente la sentenza avrebbe respinto l'argomento di B. e della Provincia, che la contestata irregolarità non configurerebbe una causa di esclusione ma, al più, un'irregolarità sanabile che imporrebbe l'attivazione del soccorso istruttorio.

II.1. Il fatto che il PEF, redatto su un arco di sedici anni, possa sostenere una offerta redatta per quindici supporta la possibilità di applicare il soccorso istruttorio. Inoltre ci si trova di fronte a una concessione e la giurisprudenza ha riconosciuto l'applicabilità del soccorso in tale ambito, ex art. 30, comma 3, D.Lgs. n. 163 del 2006.

II.2. Il soccorso istruttorio riguarderebbe il solo PEF, la cui rettifica sarebbe ammessa dalla giurisprudenza. Erra la sentenza ritenendo che ricondurre la durata del PEF a quindici anni determini la modifica di un elemento essenziale dell'offerta economica.

II.3. Il soccorso istruttorio sarebbe ammissibile in quanto volto ad acquisire chiarimenti specifici rispetto ad una offerta già completa, non a colmare una lacuna.

II.4.1. Sussistendo una irregolarità meramente formale, vi sarebbero i presupposti per il c.d. soccorso istruttorio processuale, senza necessità di annullare l'aggiudicazione.

II.4.2. Peraltro anche ove si ritenesse che la carenza abbia natura sostanziale, sarebbe comunque applicabile il soccorso processuale, facendo retrocedere il procedimento alla fase dell'invito alla regolarizzazione.

II.5. Erroneamente la sentenza ha ritenuto che applicando il soccorso istruttorio si avrebbe una manipolazione dell'offerta, lesiva del principio di immodificabilità.

II.5.1. L'articolazione del PEF su sedici anni invece di quindici non avrebbe recato pregiudizio agli altri concorrenti, dal momento che il punteggio attribuito a B. per l'offerta economica rimarrebbe invariato, sia che il PEF sia calcolato su sedici anni che su quindici.

II.5.2. Nemmeno vi sarebbero problemi di affidabilità di B., poiché l'offerta sarebbe comunque sostenibile.

II.6. La sentenza avrebbe inoltre fatto leva su indici relativi alle modalità di rimborso del finanziamento e al canone manutentivo annuale, dei quali il primo sarebbe infondato, mentre il secondo non comporterebbe alcun mutamento dell'offerta, dal momento che il ribasso offerto sarebbe a base annuale e l'utile sarebbe parimenti percepito su base annuale, rendendo quindi irrilevante la durata complessiva del vincolo negoziale.



FEDERCULTURE

Tanto premesso, l'appellante presenta istanza ex art. 104, comma 2, cod. proc. amm. di produzione della documentazione non potuta versare nel giudizio di primo grado e istanza cautelare, concludendo per il rigetto del ricorso di primo grado.

Si è costituita S., la quale ripropone in primo luogo le doglianze e domande dichiarate assorbite dalla sentenza appellata:

1. L'offerta di B. avrebbe dovuto essere esclusa perché il PEF - che ai sensi della *lex specialis* ne faceva parte integrante - non contiene tutti i dati e gli elementi richiesti a pena di esclusione e prevede un'offerta articolata in sedici anni anziché quindici.
2. In subordine, la resistente afferma che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente omesso la verifica sulla congruità dell'offerta dell'aggiudicataria B., benché questa presentasse manifesti indici di anomalia e inattendibilità, avesse conseguito ben oltre i quattro quinti del punteggio massimo attribuibile e alla luce delle enormi discrepanze fra le offerte dell'aggiudicataria e quelle delle due altre concorrenti.

In successiva memoria S., respinte le argomentazioni dedotte a sostegno dell'istanza cautelare, argomenta specificamente avverso l'appello.

L'appellante B., con memoria depositata nell'imminenza della camera di consiglio, argomenta avverso la resistente.

Si è costituita la Provincia di Padova a sostegno dell'appello.

Alla camera di consiglio del 7 settembre 2017 la causa è stata rinviata al merito.

La resistente S., con successiva memoria conclusiva segnala la "sorprendente" condotta della Provincia che, pur dopo la sentenza di primo grado (non oggetto di sospensione) che aveva escluso B. dalla gara, ha attivato il soccorso istruttorio e invitato B. a produrre il nuovo PEF; la Commissione di gara, riunitasi l'8 novembre 2017, ha esaminato il nuovo PEF, confermando la sostenibilità dell'offerta e i punteggi attribuiti.

A sua volta l'appellante B., con memoria ricevuta il 21 novembre 2017, ha ribadito la fondatezza dell'appello, affermando che, anche alla luce dell'attività di soccorso istruttorio condotta dalla Provincia, resta indimostrata l'asserzione di S. per cui, per effetto della rimodulazione del PEF, l'offerta economica diventerebbe insostenibile.

La Provincia argomenta a favore dell'appello e rappresenta che la Commissione di gara ha concluso che il PEF di B. - contenente i chiarimenti e le rimodulazioni richieste - non determina la modificazione di alcuno dei valori di offerta economica che sono stati oggetto



FEDERCULTURE

di attribuzione di punteggi ed è idoneo a dimostrare la sostenibilità economico-finanziaria dell'offerta economica originariamente presentata.

Nell'imminenza dell'udienza, S. ha presentato memoria di replica.

All'udienza del 5 dicembre 2017 la causa è passata in decisione.

Motivi della decisione

1. L'appello è infondato. La sentenza appellata resiste alle doglianze dell'appellante.
2. Il nucleo essenziale della doglianza ruota intorno al vizio del PEF presentato da B. con la propria offerta, PEF che - è dato non contestato - è costruito su un orizzonte temporale di sedici anni anziché dei quindici anni richiesti dalla lex specialis.

L'appellante, in sintesi, argomenta, avverso la sentenza appellata, che:

- a. Il PEF non è parte integrante dell'offerta, solo supporta la sua sostenibilità e congruità, pertanto la sua erroneità non configura un vizio essenziale di questa;
- b. La diversa durata temporale calcolata nel PEF non inficia la validità dell'offerta, che rimane sostanzialmente confermata anche rielaborando il PEF su base quindicennale (ciò che l'appellante ha fatto, proponendo un nuovo PEF ricalcolato su tale base).
- c. Erroneamente il giudice di primo grado ha escluso l'applicabilità del soccorso istruttorio.

3. Per vagliare la prima questione, accanto alle comunque opinabili argomentazioni fondate sul tenore testuale della lex specialis (il tenore letterale del n. 8.3 della lettera di invito parrebbe deporre a favore della integrale pertinenza del PEF all'offerta) e della formulazione dell'offerta, occorre considerare la funzione del PEF, quale scolpita dalla chiara giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo la quale esso è volto a dimostrare la concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico - finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo: il che consente all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione stessa (cfr. Cons. Stato, V, 26 settembre 2013, n. 4760; III, 22 novembre 2011, n. 6144). È un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta e non si sostituisce a questa ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, per provare che l'impresa va a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività (Cons. Stato, V, 10 febbraio 2010, n. 653). Sicché il PEF non può essere tenuto separato dall'offerta in senso stretto come vorrebbe l'appellante, il quale lo



FEDERCULTURE

vorrebbe un mero supporto dimostrativo della semplice fondatezza dell'offerta stessa (sì che un'eventuale sua imprecisione non inficerebbe quella e sarebbe sanabile con il soccorso istruttorio). In realtà, invece, il PEF rappresenta un elemento significativo della proposta contrattuale perché dà modo all'amministrazione, che ha invitato ad offrire, di apprezzare la congruenza e dunque l'affidabilità della sintesi finanziaria contenuta nell'offerta in senso stretto: sicché un vizio intrinseco del PEF - come quello di un riferimento temporale diverso dallo stabilito - si riflette fatalmente sulla qualità dell'offerta medesima e la inficia.

Questa conclusione può essere confermata dalla considerazione che - come ricorda la resistente - nel corso dell'esercizio della concessione, l'eventuale alterazione degli indicatori del PEF derivante da circostanze sopravvenute può determinare la modifica di elementi essenziali della concessione, quali l'entità del canone o la durata del rapporto; del resto, ciò è richiamato anche dallo schema di contratto attuativo allegato agli atti di gara.

4. Tanto premesso, va condiviso l'assunto della sentenza appellata, che il ricordato vizio del PEF non configuri una mera irregolarità formale o un errore materiale e che dunque non sia sanabile mediante il soccorso istruttorio, come ha dapprima auspicato e poi erroneamente messo in pratica la Provincia.

Muovendo dall'assunto sopra riportato al n. 3, vale il fatto che l'appellante ha elaborato e sottoposto un nuovo PEF, su base quindici anni, nel quale vari significativi parametri sono stati ricalcolati, derivandone una naturale minore remuneratività per B. della propria offerta.

Se si considera che invece il soccorso istruttorio può solo, per consolidata giurisprudenza, consentire la sanatoria di difformità e carenze formali e facilmente riconoscibili, ma non supplire a sostanziali carenze dell'offerta (come era quella dell'aver indicato quel diverso arco temporale), diviene evidente che l'Amministrazione ha fatto illegittimo uso di tale strumento; e si conclude che l'ammissione di B. al soccorso istruttorio - nel senso di consentirle di sostituire il PEF originariamente presentato con altro - resta comunque un'indebita violazione del fondamentale principio di parità di trattamento dei concorrenti: anche se in ipotesi il nuovo PEF riuscisse, con il ricalcolo di taluni elementi, a sostenere la perdurante convenienza dell'offerta.

5. La reiezione dei due motivi di appello consente di non procedere all'esame dei motivi di impugnazione riproposti da S..

6. La particolarità e la novità della questione giustifica la compensazione delle spese fra le parti.



FEDERCULTURE

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Dispone la compensazione delle spese fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente. Claudio Contessa, Consigliere. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere. Fabio Franconiero, Consigliere. Daniele Ravenna, Consigliere, Estensore.