

Sentenza del Consiglio di Stato n. 4236 del 26/05/2022

Massima:



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 1675 del 2022, proposto da Siram S.p.a., in proprio e nella qualità, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Morbidelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- 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;
- 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;

nei confronti

- di Iren Smart Solutions S.p.a, in proprio e nella qualità, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Daniela Anselmi e Alessio Anselmi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via G. Amendola n. 46/6;
- di Rekeep S.p.a., in proprio e nella qualità, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Vercillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza di Spagna, n. 15;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00976/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Liguria, dell'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria – Alisa, di Iren Smart Solutions S.p.a. e di Rekeep S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Iren Smart Solutions S.p.a.;

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. 976/2021 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. 2 (relativo alla ASL n. 3 e all'Ospedale Evangelico Internazionale) al R.T.I. tra la capogruppo mandataria IREN Smart Solutions S.p.a. e le mandanti Rekeep, L'Operosa e Europam.

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 le controinteressate Iren Smart Solutions S.p.a. e Rekeep S.p.a. (la prima quale mandataria, la seconda quale mandante del raggruppamento aggiudicatario).

Iren Smart Solutions in memoria ha riproposto le domande e le eccezioni rimaste assorbite o non esaminate dalla sentenza di primo grado; ha quindi altresì proposto appello incidentale, con il quale ha riproposto i motivi del ricorso incidentale di primo grado dichiarato improcedibile dal T.A.R. in ragione del rigetto di quello principale.

A tale impugnazione incidentale SIRAM ha replicato in memoria riproponendo a propria volta, anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le difese ed eccezioni già svolte in relazione ad esso e che sono rimaste assorbite e non esaminate dal T.A.R..

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 (a seguito della modifica della graduatoria di cui si dirà più avanti), con un divario di 15,64 punti dall'aggiudicataria, nella gara di cui si discute.

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 raggruppamento controinteressato.

Il T.A.R. ha ritenuto le censure proposte con il ricorso principale e con i connessi motivi aggiunti in parte inammissibili e in parte infondate, e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

3. L'appellante principale ha articolato i seguenti motivi di gravame:

3.1. *“Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione artt. 94 e 95 D.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione lex specialis di gara (artt. 13.2.2.2, 15.1, 15.2 del disciplinare; Appendice 3 - Modello 3 “Tempi di intervento” – del disciplinare; art. 9.10, comma 13, del capitolato speciale); violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza, par condicio e giusto procedimento. Omessa pronuncia circa un punto decisivo della controversia oggetto di discussione”.*

Il mezzo contesta il capo della sentenza gravata che ha ritenuto infondato il secondo motivo del ricorso introduttivo di primo grado, con cui era stata dedotta l'illegittimità dell'attribuzione del punteggio pari a zero per i criteri relativi alla riduzione dei tempi massimi d'intervento.

Premesso l'assolvimento della prova di resistenza, e premesso altresì che la legge di gara lasciava liberi gli offerenti nell'indicazione della percentuale di riduzione (senza impedire, pertanto, l'indicazione del 100%), l'appellante principale censura la sentenza del TAR nella parte in cui ha ritenuto legittimo l'operato della Commissione, che ha assegnato il punteggio di zero all'offerta della ricorrente (di riduzione del 100% dei tempi di intervento per le situazioni di emergenza, di intervento urgente e di intervento differibile) perché oggettivamente ineseguibile.

Deduce, in particolare l'appellante che *“La riduzione percentuale indicata da Siram era invece del tutto conforme alla lex specialis ed è senz'altro “possibile” in ragione del fatto che, come risulta dalla predetta offerta, è stata prevista l'attivazione presso tutte le strutture ospedaliere di un presidio manutentivo fisso, operativo 24 ore su 24, 7 giorni su 7, che consente l'attività di sopralluogo (ed il successivo inizio dell'intervento) contestualmente alla chiamata e/o segnalazione dell'eventuale guasto. (...) Nell'offerta di Siram sono stati altresì previsti specifici sistemi di telecontrollo e monitoraggio impiantistico idonei sia a prevenire le situazioni di guasto che potrebbero dar luogo alle chiamate di intervento, sia a dare immediata evidenza di tali guasti consentendo così al RTI di intervenire prima ancora della “segnalazione” e/o della “chiamata” da parte della struttura ospedaliera”.*

Tale argomento è stato sviluppato sia in assoluto, sia con specifico riguardo alle caratteristiche del lotto in questione e dei padiglioni in esso ubicati.

Inoltre SIRAM ha rappresentato che l'organizzazione aziendale e tecnica a supporto del servizio offerto avrebbe consentito, ad esempio attraverso il telecontrollo, di intervenire ancor prima della chiamata.

3.1.1. L'appellante principale ha inoltre censurato l'omessa pronuncia del primo giudice sulla denunciata violazione dell'art. 15.2. del disciplinare di gara per mancata applicazione all'offerta SIRAM della formula matematica di calcolo dei punteggi "quantitativi".

3.1.2. Sempre come profilo di censura interno al primo motivo dell'appello principale, SIRAM ha dedotto l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui non ha tenuto conto dell'allegazione difensiva secondo la quale eventuali scostamenti rispetto alle tempistiche offerte sarebbero stati rilevanti in sede esecutiva, senza pregiudicare l'attribuzione del punteggio premiale; nonché nella parte in cui non ha svolto attività tecnico-istruttoria volta a valutare la fondatezza delle censure proposte sul punto in prime cure.

4. 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.

4.1. 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.

4.2. Inoltre, l'appellante principale 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 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.

4.3. 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. 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 insostenibilità dell'offerta)

6. Neppure rileva la comparazione con altro capo della sentenza impugnata che ha affermato, a proposito dell'offerta dell'aggiudicataria, la rilevanza in fase esecutiva del rispetto delle condizioni proposte: sia perché tale affermazione era 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.

7. 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 maniera “creativa”, e dunque manipolativa - l'indicazione dell'offerente, il che non rientra evidentemente nei poteri (e tanto meno nei doveri) valutativi della Commissione.

8. 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.

8.1. Dal che discende – quanto al profilo di censura relativo alla (omessa pronuncia sulla) denunciata violazione dell'art. 15.2. del disciplinare di gara per mancata applicazione all'offerta SIRAM della formula matematica di calcolo dei punteggi “quantitativi” – che tale formula correttamente non è stata applicata all'offerta SIRAM, in ragione del peculiare contenuto dell'offerta medesima, che non ne ha reso possibile l'applicazione, di talché il parametro c.d. “Asoglia” risulta essere stato correttamente determinato sulla base delle offerte suscettibili di applicazione.

8.2. L'appellante 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, 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.

9. Con il secondo motivo dell'appello principale SIRAM ha dedotto "*Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione artt. 15.1, 13, 13.2.2., co. 1, e 13.2.2.2 del disciplinare di gara, nonché art. 9.10.1, co. 13, lett. a) del capitolato speciale sotto diverso profilo; violazione dei principi in tema di interpretazione delle offerte, della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici. Omessa pronuncia circa un fatto decisivo oggetto di discussione*". Il mezzo contesta il capo della sentenza gravata che ha ritenuto infondato il primo motivo del primo atto di motivi aggiunti, con cui era stata censurata l'illegittimità dell'attribuzione all'aggiudicataria dei punteggi relativi al criterio n. 2.1. ("*tempi di intervento*").

Il T.A.R. ha in proposito ritenuto che "*l'offerta di IREN – che ha distinto le percentuali di riduzione dei tempi massimi di intervento anche in base alla tipologia della struttura segnalante - appare nient'affatto indeterminata, anzi, al più, troppo dettagliata: in ogni caso, la stazione appaltante, prendendo in considerazione il solo valore meno favorevole all'offerente per tutte le strutture ospedaliere e territoriali (cfr. i verbali nn. 9 e 10), ha sterilizzato ogni possibile effetto negativo sulla par condicio dei concorrenti*".

Deduce in contrario l'appellante che "*il RTI IREN ha proposto non tre percentuali di riduzione dei tempi massimi di intervento in caso di segnalazione dei guasti (una per le situazioni di emergenza, una per le situazioni di urgenza, e una per le situazioni differibili), come prescritto dalla lex specialis, ma ben sei percentuali (in quanto, per ciascuna delle tre situazioni di gravità, hanno ulteriormente differenziato tali percentuali in base alla tipologia di struttura segnalante), cosicché l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa sia perché non rispettava il Modello 3 messo a disposizione dalla stazione appaltante che imponeva l'inserimento di una sola percentuale di riduzione per ciascuna situazione di gravità e al cui contenuto i concorrenti erano espressamente vincolati a pena di esclusione, sia perché tale offerta non era conforme alla legge di gara e risultava alternativa ed indeterminata*".

L'appellante, deducendo una mancata corrispondenza fra la statuizione del primo giudice e il contenuto della relativa censura, contesta sia l'inammissibilità di un'indicazione plurima non consentita dal modello, sia la scelta da parte della Commissione delle percentuali da valutare ai fini dell'attribuzione del punteggio, dal momento che "*la lex specialis non consentiva discrezionalità applicativa*", in quanto, tra l'altro, "*l'attribuzione del punteggio è calibrata unicamente in relazione alla gravità della situazione e non con riferimento alle strutture segnalanti*".

Dalla presentazione di un'offerta che si assume plurima ed indeterminata sarebbe dovuta derivare l'esclusione del raggruppamento Iren dalla gara.

10. Iren ha eccepito in via preliminare l'irricevibilità per tardività della relativa censura del ricorso per motivi aggiunti di primo grado.

Ad avviso del Collegio il motivo è infondato (il che rende superfluo l'esame dell'eccezione in rito appena riferita), in quanto:

10.1. l'articolo 18, comma 10, lettera *b*), del Disciplinare sanzionava con l'esclusione le “*offerte parziali, plurime, condizionate, alternative*”; l'aggiudicataria, in relazione al criterio n. 2 (“*Tempi di intervento*”), ha presentato un'offerta connotata dall'indicazione di percentuali di riduzione dei tempi, differenziate a seconda di quali fossero le strutture interessate dall'intervento medesimo: l'offerta del raggruppamento IREN conteneva dunque una specificazione (*quod abundat, non vitiat*).

Certamente nella specie non si è in presenza di un'offerta “*indeterminata*” come vorrebbe l'appellante ma semmai troppo determinata (come condivisibilmente obiettato dalle parti appellate): tale eccesso di determinatezza potrebbe rilevare ove la Commissione ne avesse tratto lo spunto per un intervento manipolativo, e ove l'offerta ne avesse ricavato effettivo vantaggio in sede di valutazione.

10.2. In realtà la condotta della Commissione è rimasta nei margini dell'interpretazione (non manipolativa) del contenuto dell'offerta: ma anche ove in tesi illegittima, essa è risultata comunque inoffensiva (l'invalidità presupponendo, al contrario, e già su un piano di teoria generale non una mera difformità dal parametro normativo, ma una difformità lesiva di un interesse: pena la trasformazione del sindacato di legittimità in una formalistica caccia all'errore), posto che la stessa Commissione ha considerato, fra le due indicazioni, quella più bassa, e dunque quella meno favorevole all'offerente;

10.3. nel far ciò la Commissione non ha debordato dai propri poteri, giacché non ha in alcun modo integrato l'offerta, né l'ha interpretata oltre il suo significato testuale, ma ha esercitato il potere, che le è proprio, di valutazione dell'offerta medesima, in senso penalizzante per l'offerente;

10.4. l'unico vincolo discendente dalla legge di gara era all'utilizzo dello specifico modello: il quale è stato effettivamente utilizzato, ma non può dirsi che esso vincolasse, nella compilazione, anche ai contenuti inseriti (e in ogni caso, come detto, l'indicazione plurima è stata oggetto di corretta valutazione “riduttiva” da parte della Commissione).

11. Con il terzo motivo dell'appello principale SIRAM deduce “*Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione art. 2 dell'App. 2 del Capitolato Speciale; violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 97 d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 97 Cost. Omessa pronuncia circa un punto decisivo della controversia oggetto di discussione*”.

Il mezzo contesta il capo della sentenza gravata che ha ritenuto infondato il sesto motivo del ricorso introduttivo di primo grado, nonché con il secondo motivo dell'atto di motivi aggiunti, con i quali era stata censurata l'illegittimità dell'attribuzione dei punteggi relativi al criterio n. 4 (“*risparmio energetico*”), e si articola nei seguenti profili specifici:

11.1. Secondo l'appellante principale, la Commissione avrebbe errato nel prendere sostanzialmente atto dei dati rappresentati dalle offerenti, senza applicare ad essi il parametro “CONCRj”, previsto dalla legge di gara come fattore di concretizzazione dei contenuti della scheda descrittiva dell'intervento proposto.

La censura è poi ulteriormente sviluppata più avanti, allorchè il mezzo lamenta che “*la sentenza impugnata risulta erronea anche nella parte in cui afferma che il criterio n. 4 legato al risparmio*”

energetico sarebbe un criterio meramente “quantitativo” e che l’applicazione del coefficiente CONCRj avrebbe rappresentato una mera “facoltà” esercitabile dalla Commissione solo in via “eccezionale”.

11.2. La Commissione avrebbe inoltre errato nel non escludere dalla gara il raggruppamento poi risultato aggiudicatario, o comunque nel non assegnare all’offerta di questo il coefficiente di concretezza minimo di 0,50, in ragione di vizi dell’offerta.

11.3. Secondo l’appellante principale, e diversamente da quanto ritenuto dal T.A.R., l’applicazione del coefficiente di concretezza *“non aveva “natura discrezionale”, ma era certamente imposta dalla legge di gara, allorquando (come nella fattispecie) il concorrente avesse proposto interventi di ammodernamento facoltativi”.*

Il mezzo, deducendo sotto questo profilo un difetto di istruttoria e di motivazione (oltre che una diretta violazione della legge di gara), valorizza il rilievo della Commissione per cui potrebbe verificarsi che in fase esecutiva emerga l’inadeguatezza della potenza come ridotta in sede di offerta (nella parte relativa al risparmio energetico): la Commissione, sulla base di questa premessa, *“ritenuto che non era previsto a capitolato dimostrare tali dati di input circa il fabbisogno, decide di assumere i dati di RE dichiarati, ma nel contempo segnalare ad Alisa la problematica”.*

12. Anche questo motivo ad avviso del Collegio è infondato.

12.1. In relazione al criterio in questione la legge di gara non prevedeva contenuti minimi obbligatori, 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.

12.2. Con riguardo al secondo profilo, anche in questo caso le parti appellate hanno 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.

12.3. Quanto sopra disvela anche l’infondatezza della doglianza di disparità di trattamento, riproposta dall’appellante in modo “trasversale” rispetto ai motivi d’appello: infatti, risulta 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).

12.4. 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.

12.5. 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 invocato da SIRAM a pag. 12 della memoria conclusionale 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 principale di strumentalizzare ulteriormente tale segnalazione al fine di farne discendere una pretesa erroneità valutativa.

13. L'appellante principale contesta in replica le difese delle appellate, secondo le quali il criterio del risparmio energetico aveva natura meramente “*quantitativa*”, sostenendo in contrario che “*In base alla lex specialis i concorrenti erano tenuti a presentare una “relazione” per “ogni ammodernamento facoltativo offerto” con allegate le “schede tecniche del costruttore dei componenti costituenti gli ammodernamenti facoltativi proposti” indicando i dati necessari a consentire alla Commissione la verifica dei risparmi dichiarati e dunque dei parametri necessari a valutare la concretezza degli interventi proposti*”.

L'argomento prova troppo: non può infatti 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 ridetto coefficiente.

14. Con quarto motivo dell'appello principale si deduce *“Erroneità della sentenza per travisamento degli atti del giudizio. Omessa pronuncia circa fatti decisivi della controversia”*.

Il mezzo contesta il capo della sentenza gravata che ha ritenuto inammissibili le censure dei motivi aggiunti relative all'attribuzione dei punteggi, perché Siram non avrebbe dedotto motivi di esclusione nei confronti della seconda classificata SACCIR: invero osserva l'appellante che nel lotto in questione il raggruppamento ricorrente si è classificato secondo.

Il Collegio osserva in proposito che in primo grado, sulla base dell'originaria documentazione, era stata l'odierna appellante principale a prospettare al giudicante, a pag. 8 del ricorso introduttivo, la situazione fattuale poi rivelatasi erranea: *“Per quanto interessa, il Lotto 2 (ASL 3 e Ospedale Evangelico Internazionale) è stato aggiudicato al RTI tra Iren (mandataria), Rekeep, Europam e L'Operosa (mandanti) (di seguito “RTI IREN”); al secondo posto si è collocato il RTI tra S.A.C.C.I.R. s.p.a. (mandataria), M.S.T. Manutenzioni & Servizi Tecnici s.r.l. e Comat s.p.a. (mandanti) (di seguito “RTI Saccir”); mentre il RTI Siram si è collocato al terzo posto in graduatoria”*.

Nondimeno, in corso di giudizio sono stati prodotti sia il verbale n. 23 del 1° luglio 2021 di rettifica dei punteggi, sia il Decreto n. 4190 dell'8 luglio 2021 che ne ha recepito i contenuti aggiornando la graduatoria.

Per effetto di tali modifiche Il raggruppamento IREN si è collocato al primo posto con punti 92,19, mentre il raggruppamento SIRAM si è collocato al secondo posto con punti 76,55.

Il mezzo è dunque, per questa parte, fondato.

15. Devono essere quindi esaminate le censure dichiarate inammissibili dal T.A.R. per tale ragione, e riproposte con il motivo di appello principale in esame.

15.1. Con una prima censura si deduce *“Violazione e falsa applicazione artt. 15.1, 13, 13.2.2, co. 1, 13.2.2.2 e 18 del disciplinare di gara, nonché art. 9.10.1, co. 13, lett. a) del capitolato speciale. Violazione dei principi in tema di interpretazione delle offerte, della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti”*.

Il mezzo, formulato nel primo motivo dell'atto di motivi aggiunti di primo grado, collegato al terzo motivo del ricorso introduttivo, si riferisce al fatto che IREN ha indicato percentuali di riduzione dei tempi di intervento plurime.

Esso va pertanto rigettato perché infondato, per le ragioni già indicate in sede di scrutinio del secondo motivo di appello (rispetto al quale la censura in esame non aggiunge profili di critica)

15.2. Con una seconda censura si deduce *“Violazione e falsa applicazione artt. 15.1, 13, 13.2.4 e 18 del disciplinare di gara nonché dell'art. 9.10.1 del capitolato speciale; Violazione e falsa*

applicazione Appendice 2 “Valutazione degli interventi di ammodernamento offerti”; Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 97 d.lgs. 50/2016; Violazione dell’art. 97 Cost.; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore di fatto, contraddittorietà intrinseca”.

Il mezzo, formulato nel secondo motivo dell’atto di motivi aggiunti di primo grado, collegato al sesto motivo del ricorso introduttivo, ha oggetto identico al terzo motivo dell’appello principale, ma con specificazioni analitiche sul risparmio energetico come proposto IREN, che avrebbero imposto l’abbattimento del coefficiente di concretezza.

Anche in questo caso la tesi di fondo è che la Commissione avrebbe acriticamente preso per buone le indicazioni fornite da IREN, incorrendo in difetto di istruttoria in relazione ai singoli ed analitici elementi rappresentati da SIRAM, dai quali si sarebbe invece dovuta evincere la sussistenza dei presupposti per l’applicazione delle riduzioni di punteggio imposte dall’applicazione del coefficiente di concretezza.

Il mezzo ripete i limiti del terzo motivo di appello.

L’intera censura in esame è infatti viziata, a monte, da erroneità del presupposto interpretativo (il mezzo, a pag. 24, fa del resto rinvio a quanto esposto al precedente punto 3.1.: vale a dire alla prospettazione relativa ai presupposti che secondo l’appellante principale avrebbero dovuto condurre all’applicazione del coefficiente CONCRj).

Come già chiarito, infatti, 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 il risparmio energetico, 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.

Il mezzo in esame pretende invece, mediante il denunciato difetto di istruttoria con riferimento a singole ed analitiche parti dell'offerta dell'aggiudicataria, di imporre l'applicazione di un diverso coefficiente.

Il vizio in cui incorre l'appellante è confermato a pag. 25 del ricorso in appello, laddove si afferma ancora che *“come risulta dal verbale n. 9/2020, la Commissione ha omesso di compiere la suddetta valutazione affermando che il capitolato speciale non avrebbe richiesto ai concorrenti di dimostrare i “dati di input circa il fabbisogno”: si tratta di una affermazione errata ed inconferente che non poteva consentire alla Commissione di disapplicare la lex specialis di gara che prescriveva l'applicazione dei coefficienti di concretezza in base ai dati che dovevano essere contenuti nelle schede descrittive degli interventi proposti”*.

Come già chiarito, la Commissione non ha disapplicato la legge di gara, ma anzi l'ha applicata correttamente, giacché effettivamente la dimostrazione dei dati di *input* non era da essa imposta.

È anzi proprio la legge di gara a porre a carico del concorrente l'eventuale insuccesso nel conseguimento del risparmio energetico promesso, e dunque a rinviare alla fase esecutiva – in ragione della peculiare natura di questa parte dell'impegno negoziale – la verifica analitica dell'effettivo adempimento.

La censura in esame pretende invece di trasformare la natura e la funzione del coefficiente in parola, in modo non consentito dalla legge di gara, trasformandolo in strumento per la verifica preliminare dei singoli aspetti dell'offerta concernenti il risparmio energetico, anche oltre i limiti della documentazione richiesta a supporto.

Essa è pertanto infondata nelle sue premesse.

15.3. Con il terzo dei motivi riproposti si deduce *“Violazione e falsa applicazione artt. 15.1, 13, 13.2.2.1 e 18 del disciplinare di gara nonché dell'Allegato 3; Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 97 d.lgs. 50/2016; Violazione dell'art. 97 Cost.; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore di fatto, contraddittorietà intrinseca”*.

La censura, che ripropone il terzo motivo aggiunto di primo grado, denuncia il difetto di istruttoria e l'erronea valutazione che vizierebbero i punteggi attribuiti ad IREN per le attività manutentive.

In particolare, deduce l'appellante principale che *“Dall'esame del Piano di manutenzione offerto dal RTI IREN risulta che esso non solo non soddisfa i suddetti elementi di valutazione previsti dal disciplinare, ma non è neppure dotato dei requisiti prestazionali minimi del piano manutentivo di cui all'Allegato 3 della lex specialis di gara e dunque costituisce “offerta peggiorativa” rispetto a quanto richiesto dalla stazione appaltante”*.

Preliminarmente deve osservarsi come, in disparte per ora (e salvo quanto si dirà) il problema – complessivo - della prova di resistenza rispetto al punteggio inerente tale voce (con riguardo al divario sussistente fra le due offerte), l'appellante principale non specifica, rispetto ad ogni analitico elemento di censura in che misura l'ipotetico accoglimento dello stesso possa incidere su una decurtazione del punteggio dell'aggiudicataria per la parte relativa all'attività manutentiva (tenuto conto che, complessivamente, i due subcriteri in discorso – 1.3. (organizzazione e gestione) e 1.4. (piano di manutenzione) – prevedevano l'attribuzione di tre punti ciascuno.

L'appellante principale deduce in proposito che *“L’operato della Commissione è pertanto illegittimo per difetto di istruttoria in quanto non sono stati verificati i vizi dell’offerta che ne avrebbero dovuto determinare l’esclusione e comunque per l’illogicità dell’assegnazione al RTI IREN del massimo punteggio per entrambi i sub criteri”*.

Tuttavia, una volta esclusa, per le ragioni che si indicheranno tra breve, la sussistenza delle invocate condizioni per disporre l’esclusione dell’offerta censurata, l’allegazione di un generico *“difetto di istruttoria”* non vale a surrogare l’onere di dimostrare l’utilità dell’ipotetico accoglimento della censura in punto di attribuzione del punteggio contestato.

Senza contare che il denunciato difetto di istruttoria è costruito sulla base della allegazione di elementi che a detta dell’appellante principale avrebbero dovuto indurre la Commissione a diversamente e maggiormente indagare il contenuto *in parte qua* dell’offerta IREN: ma che in realtà constano di mere osservazioni soggettive (in alcuni casi, come si vedrà, neppure perspicue) ben lontane dal raggiungere la soglia della manifesta illogicità od irrazionalità.

Si analizzeranno comunque di seguito, solo in via esemplificativa (in ragione sia del riferito limite strutturale comune alla stessa nel suo complesso; sia della mancata allegazione dell’incidenza di ciascun elemento di censura sul punteggio complessivo relativo al criterio di cui si discute), alcuni degli elementi nei quali si articola la censura in esame: fermo restando che, come già osservato, l’appellante principale scompone la censura in una serie analitica di profili ed argomenti, senza però allegare, a fronte del divario complessivo fra le due offerte, in che misura ciascuno di tali profili possa in tesi ridurre o meglio eliminare tale divario.

Tale connotato strutturale del mezzo in esame, se in questa fase non determina l’inammissibilità della censura per mancata dimostrazione (o anche solo allegazione) della prova di resistenza (salvo quanto si dirà in seguito), nondimeno implica un esame complessivo della censura medesima, che esonera il Collegio dalla analitica verifica di ciascun supposto vizio dell’offerta (o meglio, della relativa valutazione della Commissione) in essa analiticamente indicato.

Né può ritenersi che l’ipotetica fondatezza di tali critiche avrebbe dovuto condurre all’esclusione dell’offerta IREN, posto che, come si sta per precisare, tale offerte ha comunque accettato il pianto manutentivo minimo, di talché eventuali vizi delle proposte migliorative ridonderebbero sui punteggi, con il conseguente onere di specificazione della concreta misura del rilievo di ciascuno di essi.

15.3.1. Come fondatamente controdedotto dalle parti appellanti, il mezzo in esame risente anzitutto di una indebita sovrapposizione fra il piano manutentivo *“minimo”* (oggetto di obbligazione implicata dalla presentazione di ciascuna offerta), e le proposte migliorative (oggetto delle singole offerte), la cui differenza è ben chiarita dalla legge di gara (art. 13.2.2.1. del Disciplinare).

Se si ha presente tale dato, emerge con chiarezza che l’aggiudicataria correttamente non ha indicato nella propria proposta (migliorativa) alcune delle operazioni manutentive inserite nel piano minimale, proprio perché non negoziabili e necessariamente implicate, quanto ad assunzione del relativo obbligo, dall’adesione alla legge di gara; mentre ha indicato quelle prestazioni ulteriori (rispetto all’impegno minimale ed inderogabile) costituenti miglioramento.

Viceversa, non potevano essere eliminate dall’offerta le operazioni (è il caso di quelle relative al motore di marca *“Guascor”*) espressamente contemplate nel protocollo minimale non negoziabile [peraltro sul punto appare condivisibile la difesa di ALISA, che ha rilevato in memoria che all’interno del lotto 2 sono presenti strutture ove sono effettivamente ubicati tali motori, *“oltre ai motori*

Jenbacher), contemplati anche dal piano manutentivo di minima, sicché appare corretto che siano menzionati in tal senso nell'offerta Iren”].

15.3.2. Siram lamenta che Iren avrebbe in taluni casi ridotto la periodicità di talune attività manutentive (portandola da annuale a semestrale), e che tale riduzione avrebbe riguardo a *“tempistiche che in realtà non possono essere rispettate ovvero che si rivelano del tutto illogiche”* (pag. 46), e che dunque si tratterebbe di attività manutentive *“assolutamente prive di logica o di utilità pratica”* (pag. 47) : è il caso, tra l'altro, delle attività di protezione stagionale dei gruppi frigoriferi e delle torri evaporative, e delle attività di messa a riposo dei generatori di calore.

Il tentativo di SIRAM di sostituire il giudizio della Commissione con il proprio non va però oltre l'asserzione soggettiva dell'inutilità o dell'illogicità delle migliorie, non essendo a sua volta supportato da dati che superino l'evidenza di un obiettivo incremento prestazionale, ulteriore rispetto al piano minimo.

Proprio quest'ultima circostanza – vale a dire il fatto che Iren abbia offerto più frequenti operazioni manutentive rispetto a quelle minimali - appare essere di per sé motivo, per l'appellante principale, di una (propria) valutazione di inutilità delle stesse.

Ciò però tradisce ancora una volta il limite logico riveniente da una impropria sovrapposizione fra il profilo del contenuto non negoziabile del piano, e quello oggetto di proposte migliorative, nel senso di una pregiudiziale ed unidirezionale valutazione di superfluità delle migliorie proposte dall'aggiudicataria (anche quando sul piano logico tali migliorie non appaiono obiettivamente tali).

Tale profilo di censura non deduce in realtà uno scostamento dell'offerta Iren dai parametri di logicità, ragionevolezza e razionalità (entro i quali può darsi il sindacato di legittimità sulle valutazioni della Commissione), ma poggia su allegazioni soggettive.

15.3.3. Allo stesso modo, e per converso, SIRAM lamenta in questi termini l'indeterminatezza e comunque l'insufficienza a priori delle frequenze manutentive offerte da Iren con riguardo agli impianti di trattamento dell'acqua: *“impianti di trattamento acqua (pag. 10): l'attività aggiuntiva “come da manuale fornitore” con periodicità offerta semestrale risulta assolutamente vaga e indefinita; inoltre, nel caso il fornitore preveda una manutenzione mensile, la frequenza offerta non sarebbe sufficiente a garantire la perfetta funzionalità del componente. (...) impianti di trattamento acqua (pag. 10): per l'attività “messa in servizio e a riposo delle apparecchiature a ciclo stagionale” viene offerta una periodicità mensile che appare illogica e del tutto ingiustificata (essendo un anno composto da 4 stagioni)”*.

Tale profilo di censura è generico e comunque non perspicuo (oltre che meramente assertivo, nella parte in cui si limita ad allegare che *“la frequenza offerta non sarebbe sufficiente a garantire la perfetta funzionalità del componente”*).

15.3.4. Ad analoghe considerazioni deve pervenirsi per gli elementi dell'offerta migliorativa Iren relativi ai bruciatori e ai gruppi elettrogeni: quanto ai primi, appare condivisibile quanto controdedito dalla stazione appaltante in merito all'utilizzo di apparati sostitutivi durante le operazioni di manutenzione (il che scongiura l'interruzione del servizio); quanto ai secondi, ancora una volta la censura reitera il vizio logico di denunciare – strumentalmente - come superfluo ciò che non è obbligatorio (con ciò finendo con il negare e disattendere la riferita struttura della legge di gara): posto che la ricostruzione delle operazioni effettuate, utile per documentare la storia del macchinario attraverso gli interventi manutentivi, è operazione che, pur se non obbligatoria, aggiunge una utile funzionalità in sede di diagnosi delle successive problematiche.

Siram sostiene che “*appare evidente che tale attività non può essere configurata come una manutenzione a sé stante bensì come il normale completamento della manutenzione a cui si riferisce*”: anche in questo caso è erronea la premessa maggiore del ragionamento, posto che non si tratta di una “*manutenzione a sé stante*”, ma di una prestazione aggiuntiva e migliorativa rispetto a quella strettamente manutentiva.

15.3.5. Tanto esemplificativamente chiarito, ed esclusa la fondatezza – per le ragioni sopra indicate - della parte della censura che afferma che i vizi denunciati avrebbero dovuto comportare l’esclusione dell’offerta IREN, residua l’esame del capo di domanda che sostiene che in forza di tali, pretesi vizi l’offerta IREN avrebbe dovuto avere un punteggio pari a zero per ciascuno dei criteri in contestazione (anche in questo caso non è dato comprendere, nella prospettazione dell’appellante principale, perché l’eventuale ed ipotetico accoglimento delle censure in esame avrebbe dovuto comportare non una corrispondente e proporzionale riduzione di tale punteggio, ma un radicale azzeramento dello stesso).

Ma anche a voler ipotizzare la fondatezza, sotto questo profilo, della censura, i punteggi in contestazione sarebbero comunque inidonei a superare il divario che separa le due offerte, avuto riguardo all’infondatezza degli altri motivi di ricorso.

Per la parte della censura che invece sostiene che l’offerta IREN contenesse indicazioni fuorvianti (il che, come si è visto, non è: almeno in termini di manifesta illogicità od irrazionalità delle denunciate componenti dell’offerta), il “*difetto di istruttoria*” prospettato avrebbe dovuto infatti comportare (non l’esclusione, ma) una diversa valutazione della Commissione, in termini di attribuzione di punteggi.

Ma, come pure si è già detto, l’ipotetico accoglimento di questo profilo di censura non arrecherebbe alcuna utilità all’appellante principale, in ragione dell’insufficienza dei relativi punteggi a colmare il divario fra le due offerte.

15.3.6. ALISA ha inoltre eccepito l’inammissibilità della censura in esame (punto 2.2.3.1., a pag. 26 della memoria: che rinvia al precedente punto 2.2.2.1, pag. 16) perché il mezzo “*invade il merito della discrezionalità tecnica della Commissione*”.

L’eccezione è fondata.

L’enorme analiticità e specificità tecnica degli argomenti di censura, nonché la necessità di supportare gli stessi con elaborati tecnici aventi a loro volta contenuto altamente specifico, dimostrano *per tabulas* che i vizi denunciati, per come argomentati, non attengono a profili di illogicità od irragionevolezza dell’operato della Commissione evidenti *ictu oculi*, come tali rientranti nel sindacato ammissibile, ma richiedono complesse elaborazioni che finiscono con l’impingere nel merito delle relative valutazioni.

Né vale, sotto questo profilo, prospettare che si tratta di censure che mirano all’esclusione dell’offerta, e solo in subordine all’attribuzione ad essa di zero punti, giacché - fermo restando quanto si è detto in merito ai limiti di tale prospettazione - anche la domanda principale, tendente all’esclusione, implica una complessa ed elaborata sostituzione al giudizio (di ammissibilità dell’offerta) della Commissione.

Il motivo riproposto è dunque inammissibile, oltre che per mancato superamento della prova di resistenza, anche per questa ragione.

15.4. Con il quarto dei motivi riproposti si deduce “*Violazione e falsa applicazione artt. 15, 13, 13.2.2.6 e 18 del disciplinare nonché della Appendice 3; Violazione e falsa applicazione D.M. 11*

ottobre 2017; Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 97 d.lgs. 50/2016; Violazione dell'art. 97 Cost.; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore di fatto, contraddittorietà intrinseca”.

Nel merito la censura, che riproduce il quarto motivo aggiunto di primo grado, inerisce al fatto che l'offerta IREN non avrebbe tenuto conto dei criteri ambientali minimi nella progettazione degli interventi obbligatori.

Anche questa censura è costruita da SIRAM come preteso difetto di istruttoria della valutazione della Commissione, che invece (ove avesse agito senza incorrere in tale vizio) avrebbe dovuto escludere l'offerta poi risultata aggiudicataria perché incompleta o parziale [ai sensi dell'art. 18, comma 11, lett. e), del Disciplinare di gara], *“ovvero comunque ottenere un punteggio inferiore in relazione al criterio di valutazione n. 6”.*

Deduce l'appellante principale che *“Il disciplinare di gara prevedeva, all'art. 15, il criterio di valutazione n. 6 “Progettazione preliminare in sede di offerta (interventi obbligatori)” in relazione al quale si rinviava all'art. 13.2.2.6. Il predetto art. 13.2.2.6 stabiliva che i concorrenti avrebbero dovuto presentare la “progettazione preliminare conforme al contenuto del CAM da allegare al modello reso disponibile in appendice 3” (doc. 1). La lex specialis prescriveva dunque che la progettazione preliminare degli interventi di ammodernamento obbligatori fosse conforme al contenuto dei Criteri Ambientali Minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici approvato con D.M. 11 ottobre 2017. Tale prescrizione è stata violata dal RTI IREN posto che il proprio progetto preliminare non contiene alcun elemento necessario a verificarne la conformità ai CAM e comunque non risulta predisposto nel rispetto di essi: da qui il difetto di istruttoria dell'operato della Commissione che avrebbe dovuto rilevare la non conformità dell'offerta del RTI IREN e disporre l'esclusione ed in ogni caso l'illegittimità del punteggio massimo di 3 punti attribuito al predetto RTI in relazione al criterio di valutazione n. 6. Vale poi osservare che con riferimento all'intervento obbligatorio “VILLA SCASSI – Installazione refrigeratore ad assorbimento con torre evaporativa”, il RTI IREN ha omissis di considerare nel progetto tutti gli aspetti strutturali dell'intervento”.*

Va anzitutto osservato, in relazione alle successive difese delle parti appellate, che – come fondatamente eccepito in replica dall'appellante principale – appaiono irrilevanti in questa sede i riferimenti al passaggio in giudicato della sentenza del T.A.R. Liguria n. 977/2021, relativa al lotto n. 1, considerata l'autonomia dei due lotti.

Il fulcro della censura è costituito dal rilievo che il progetto preliminare IREN *“non contiene alcun elemento necessario a verificarne la conformità ai CAM e comunque non risulta predisposto nel rispetto di essi”.*

Al pari del motivo precedente, l'appellante principale deduce un difetto di istruttoria che discenderebbe non già da una risultanza obiettiva (in termini di manifesta illogicità od irrazionalità del contenuto dell'offerta avversaria), ma da una preliminare – e pregiudiziale – valutazione di strutturale inadeguatezza dell'offerta medesima da cui si fa discendere, con un capovolgimento del percorso logico, l'onere dell'Amministrazione di verifica istruttoria (in luogo dell'onere della parte di fornire un plausibile principio di prova circa l'incompletezza dell'offerta di cui si domanda l'esclusione).

In ogni caso gli elementi sintomatici denunciati a supporto della censura, riferiti alla struttura denominata “Villa Scassi” appaiono privi del significato che ad essi attribuisce l'appellante principale.

15.4.1. Per quanto riguarda l'intervento di installazione del refrigeratore ad assorbimento con torre evaporativa, il mezzo lamenta che *“sono descritte in modo generico e sono totalmente mancanti le ben che minime prescrizioni relative alle opere edili e ingegneristiche da eseguire per garantire la resistenza strutturale dell'edificio che dovrà sopportare un carico estremamente gravoso (al riguardo vale infatti osservare che dalle schede tecniche allegate al progetto risulta che il peso operativo della torre evaporativa è di 6.137 kg, senza considerare il peso delle tubazioni di collegamento all'impianto)”*.

La censura è infondata alla luce del fatto che lo stesso motivo di appello in esame premette di riferirsi alla progettazione preliminare: coglie pertanto nel segno la difesa delle parti appellate laddove afferma che il concetto di completezza dell'offerta – nella prospettiva, posta a fondamento del mezzo in esame, della perimetrazione della soglia di sufficienza contenutistica necessaria a scongiurare l'esclusione della stessa – va riferito ad una progettazione di carattere preliminare.

Laddove i contenuti asseritamente mancanti indicati da SIRAM attengono, per questa parte, ad elementi propriamente riferibili al progetto definitivo e a quello esecutivo.

15.4.2. Deduce poi l'appellante principale che *“risultano anomalie in relazione all'intervento di installazione del modulo di cogenerazione: a pagina 7 del capitolo 3 del progetto preliminare “VILLA SCASSI – Riqualficazione impianto di cogenerazione” del RTI IREN, si afferma, infatti “Pompa/e per distribuzione acqua fuori dai limiti di batteria definiti” e dunque è esclusa la fornitura di componenti necessari per il completamento dell'intervento”*.

Anche in questo caso si assiste ad un'attribuzione di significato non autorizzata dal tenore complessivo della documentazione integrale.

Dalla relazione esplicativa dell'offerta si evince infatti che l'espressione censurata si riferisce alla collocazione fisica - al di fuori dei limiti della batteria - della pompa di distribuzione dell'acqua, e non alla rispondenza dell'intervento, e delle sue componenti, agli *standards* richiesti.

15.4.3. Lamenta ancora l'appellante principale che l'offerta di IREN sarebbe condizionata (e, come tale, avrebbe dovuto comportare l'esclusione), laddove afferma che le macchine saranno dotate di recuperatore di calore *“salvo reale impossibilità tecnica che dovesse emergere durante la progettazione/esecuzione dei lavori”*.

In disparte il rilievo che l'eventuale impossibilità tecnica non sarebbe comunque accertata con atto unilaterale dell'impresa aggiudicataria, ancora una volta il presupposto logico della censura è una lettura parziale dell'offerta.

La quale, avuto riguardo al suo contenuto complessivo, è sufficientemente chiara nel riferire gli effetti della ridetta impossibilità non già alla presenza del recuperatore di calore in quanto tale, ma alla sua collocazione, in relazione agli spazi disponibili come risultanti ad uno stadio non preliminare di progettazione.

15.4.4. Deduce, infine, l'appellante principale che dalla relazione *“risulta impossibile comprendere tanto se sia stato o meno offerto un recuperatore di calore sulle macchine oggetto d'intervento, quanto (ove tale installazione sia prevista) di che tipo di recuperatore si tratti (a flussi incrociati o a batterie aria/acqua)”*.

Emerge invero dalla relazione che l'indicazione duplice non è contraddittoria, ma funzionale ad una migliore organizzazione: i recuperatori statici a flussi incrociati sono stati infatti proposti come

alternativa migliorativa – per i padiglioni 1 e 2 - ai recuperatori ad acqua con batterie, mantenuti fermi per le sale operatorie (padiglione 3), come descritto in dettaglio.

Il motivo in esame è dunque in parte inammissibile e in parte infondato, e la sentenza gravata va sul punto confermata, ancorché con diversa motivazione.

16. L'istanza istruttoria della parte appellante è infondata, dal momento che le questioni giuridiche devolute con i motivi di appello attengono ad una piattaforma fattuale che, nella sua esatta individuazione, è sufficientemente chiara quanto alla perimetrazione degli elementi di fatto su cui decidere tali questioni.

17. L'appello incidentale va dichiarato improcedibile, essendo stato proposto in via subordinata: *“la sentenza impugnata ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale attesa l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso introduttivo e del successivo atto di motivi aggiunti. Essendo stato proposto appello da SIRAM, di conseguenza, riemerge l’interesse del raggruppamento Iren a ripresentare i vizi del ricorso incidentale, non analizzati in occasione del primo grado di giudizio”*.

18. Le spese, liquidate come in dispositivo (avuto riguardo alla natura e alla complessità delle questioni trattate: che hanno indotto l'appellante principale a formulare richiesta, parzialmente accolta, di superamento dei limiti dimensionali), 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, rigetta l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese del giudizio in favore delle parti appellate costituite, liquidate in complessivi euro diecimila/00, oltre accessori come per legge, per ciascuna parte appellata (Regione Liguria, ALISA, Rekeep ed Iren Smart Solutions).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco