

Pubblicato il 11/05/2022

N. 03725/2022REG.PROV.COLL.
N. 05018/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5018 del 2021, proposto da Citelum s.a. in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Atlantico s.r.l. quale mandante, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Savoia, 31;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Enel Sole s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 03062/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a. e di Enel Sole s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Federico Di Matteo e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate in atti di parte dagli avv. Giovanni Bruno, Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, e dall'avvocato dello Stato Paola Palmieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 19 dicembre 2015 (e in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 21 dicembre 2015) Consip s.p.a. indiceva una procedura di gara, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura del servizio luce e dei servizi connessi ed opzionali per le pubbliche amministrazioni, Edizione 4 (gara denominata Servizio Luce 4), suddivisa in 12 lotti territoriali.

1.1. All'esito delle operazioni di gara, per il lotto 1, di interesse del presente giudizio, risultava prima graduata City Green Light s.r.l., seconda graduata Enel Sole s.r.l. e terza Citelum s.a.; siccome la prima graduata risultava essere aggiudicataria

di altro lotto di maggiore rilevanza economica, la commissione proponeva l'aggiudicazione alla seconda graduata; con provvedimento del 28 dicembre 2020 la procedura di gara era definitivamente aggiudicata a Enel Sole s.r.l.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Citelum s.a. impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di un unico motivo con il quale sosteneva che Consip avrebbe dovuto escludere dalla gara Enel Sole s.r.l. per aver inserito nella propria offerta tecnica elementi idonei ad anticipare e sintetizzare il contenuto dell'offerta economica, in violazione dell'espresso divieto dal par. 2 del disciplinare di gara (per il quale: *“La presenza nella documentazione contenuta nella busta B di indicazioni di carattere economico relative all'offerta che consentano di ricostruire l'offerta economica nel suo complesso costituisce causa di esclusione dalla gara”*) e dal par. 6 del medesimo disciplinare (*“Saranno altresì esclusi: - i concorrenti coinvolti in situazioni oggettive lesive della par condicio tra concorrenti e/o lesive della segretezza delle offerte”*).

Evidenziava, in particolare, come Enel, in sede di offerta tecnica, nella parte (punto A.2) dedicata alla elaborazione degli scenari di adesione alla Convenzione Consip oggetto di gara, aveva indicato il *“numero di punti luce contrattualizzabili”*, vale a dire il numero di punti luce che avrebbero consentito di saturare l'importo massimo del lotto, e così di raggiungere il valore massimo di contratti acquisibili dall'esercente la convenzione; a parere della ricorrente, attraverso *“una semplice divisione matematica tra l'importo di saturazione annuo del Lotto (19.470.000 euro/anno) e il numero di punti luce contrattualizzabili indicato (105.000 punti luce per lo scenario 1 e 120.300 punti luce per lo scenario 2)”* sarebbe stato possibile *“ricavare agevolmente il Canone Medio annuo (CM) che notoriamente rappresenta un indice sintetico chiaramente indicativo del tenore assoluto dell'offerta economica in termini di euro/punto luce”* ossia *“il prezzo a punto luce”* ipotizzato per ciascuno di tali contesti, come da relativa relazione tecnica versata in atti.

2.1. Resistenti Consip s.p.a. e Citelum s.a., il giudice di primo grado, con la sentenza della seconda sezione, del 12 marzo 2021, n. 3062 respingeva il ricorso ritenendo che le indicazioni fornite dall'Enel nella sua offerta tecnica – peraltro rispondendo ad una richiesta contenuta nella stessa legge di gara finalizzata a verificare la capacità di penetrazione commerciale del concorrente nei diversi scenari di adesione proposti – non integrassero elementi predittivi della sua offerta economica, considerato che la *lex specialis* di gara non assumeva affatto a parametro di elaborazione dell'offerta economica il *“prezzo del punto luce”*, ma richiedeva un'indicazione parcellizzata dei prezzi delle singole componenti del servizio e la formulazione di una pluralità di ribassi, per cui era del tutto impossibile risalire ad essi sulla base della sola conoscenza dell'unico importo medio complessivo di ricavo.

In sostanza, il *“canone medio annuo”* non poteva essere considerato in grado di rivelare alcun elemento proprio dell'offerta economica e l'esplicitazione da parte di Enel Sole del *“numero di punti luce contrattualizzabili”* aveva quale unico scopo di dimostrare – come era richiesto dalla *lex specialis* di gara ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico – la conoscenza della domanda potenziale ipotizzabile nel lotto di riferimento e la capacità del concorrente di fornire risposta.

Riportava, infine, il giudice un passaggio della relazione tecnica depositata dalla ricorrente nella quale si dava atto del fatto che *“il “prezzo su punto luce” indicato dal Concorrente non possa essere ricondotto mediante una relazione matematica diretta ai singoli parametri (y1 – y6) oggetto di offerta economica”*, così riconoscendo egli stesso che la presunta conoscenza del *“prezzo/punto luce”* non fosse informazione idonea a disvelare la componente economica dell'offerta di Enel.

3. Propone appello Citelum s.a. che lamenta *“Erroneità della sentenza impugnata per violazione del principio di segretezza dell'offerta economica; violazione dei paragrafi 2 e 6 del Disciplinare di gara (pagg. 22 e 40); violazione della par condicio fra i concorrenti; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore manifesto; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)”*: l'appellante ribadisce in forma critica alla sentenza impugnata la censura già esposta nel ricorso di primo grado: incontestato che le indicazioni fornite da Enel Sole in sede di offerta tecnica consentissero di ricavare il prezzo proposto per punto luce e dato che il parametro euro/punto luce costituisce un *“indice sintetico”*, una vera e propria *unità di misura* (come il prezzo a metro quadro nell'ambito delle costruzioni), del costo del servizio di pubblica illuminazione, la sua anticipazione in sede di offerta tecnica era chiaramente indicativa della consistenza

dell'offerta economica, e cioè del prezzo offerto per il servizio, a prescindere dal fatto che il modello di offerta economica prevedesse sei distinte voci.

Aggiunge che, a meno di non voler considerare di impossibile realizzazione la causa escludente prevista dal disciplinare, si deve ammettere che, in una gara come quella di specie caratterizzata da un'offerta economica strutturata in più voci, la stazione appaltante con il divieto posto ai parr. 2 e 6 del disciplinare abbia voluto proprio impedire che fosse riferito un valore sintetico come il prezzo a punto luce, incontestabilmente espressivo del costo del servizio di pubblica illuminazione e, dunque, dell'offerta economica complessivamente considerata ed idoneo a creare, non solo potenzialmente, un condizionamento nella valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione, in spregio della sua autonomia e serenità di giudizio e dei fondamentali canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

In ultimo precisa, quanto alle richieste del disciplinare di gara che quest'ultimo chiedeva sì ai concorrenti di caratterizzare il lotto in termini di impianti ma - non a caso - non diceva di esplicitare il numero di punti luce contrattualizzabili in uno scenario di plafonamento del lotto, proprio perché ciò avrebbe significato – come gli altri concorrenti hanno ben compreso – anticipare il prezzo offerto per il servizio: l'indicazione dei punti luce dei quali si attende l'ingresso non è di per sé un dato sensibile ma lo diventa se lo si pone in relazione con i ricavi attesi dalla contrattualizzazione di quegli stessi punti luce (cioè il plafond a saturazione).

Tanto è dimostrato dal fatto che gli altri concorrenti avevano ommesso di indicare il numero di punti luce oppure di specificare se il contesto prospettato fosse o meno di saturazione, caratterizzando pur sempre in maniera analitica il lotto.

3.1. Si sono costituiti Enel Sole s.r.l. e Consip s.p.a. che hanno concluso per il rigetto del ricorso.

Le parti hanno depositato memoria ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm. cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 17 marzo 2022, la causa è stata assunta in decisione.

4. Il motivo è infondato.

4.1. Come chiarito dalla giurisprudenza (da ultimo dalla sentenza di questa Sezione, 28 giugno 2021, n. 4871), vietando l'inserimento di ogni riferimento ad elementi economici all'interno dei documenti da inserire nella busta contenente l'offerta tecnica – così come previsto nella procedura di gara in esame dall'art. 2 (pag. 22) del disciplinare di gara per il quale *“La presenza nella documentazione contenuta nella busta B di indicazioni di carattere economico relative all'offerta che consentano di ricostruire l'offerta economica nel suo complesso costituisce causa di esclusione dalla gara”* – la stazione appaltante impone ai concorrenti il rispetto del principio di segretezza dell'offerta economica.

La prima regola applicativa dello stesso è costituita proprio dal divieto di commistione tra elementi dell'offerta tecnica ed elementi dell'offerta economica.

Si vuol evitare che in sede di valutazione delle offerte tecniche – da svolgersi in seduta segreta e prima dell'esame dell'offerta economica – la commissione giudicatrice possa essere influenzata da ragioni di convenienza economica dell'offerta e dire preferibile l'offerta di un operatore anche se, per ragioni tecniche, meriterebbe di essere postergata ad altra.

In questa ottica il divieto è attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa previsti dall'art. 97 Cost. e dei principi di libera concorrenza e non discriminazione tra i concorrenti di cui all'art. 30 del codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2012, n. 5928).

Se questa è la *ratio* della regola ben si intende, altresì, perché la giurisprudenza amministrativa ampiamente prevalente abbia precisato che il predetto divieto non vada inteso in senso assoluto ma relativo, con riferimento al caso concreto, dovendosi verificare se l'anticipata conoscenza di un elemento dell'offerta economica già nell'ambito di quella tecnica abbia la capacità, anche solo potenziale, di influenzare la valutazione della commissione giudicatrice sulla preferenza da accordare all'una piuttosto che all'altra offerta (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2021, n. 544; V, 29 aprile 2020, n.

2732; III, 9 gennaio 2020, n. 167; V, 25 giugno 2019, n. 4342; III, 24 settembre 2018, n. 5499; III, 3 aprile 2017, n. 1530), ovvero, altrimenti detto, di consentire effettivamente alla commissione di ipotizzare il contenuto dell'offerta economica nella sua interezza, o anche solamente in relazione agli aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284).

Con sintesi efficace si è dunque spiegato che nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari allo scopo di rappresentare le soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2016, n. 703), purchè siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o i prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica o ancora consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3609; V, 13 giugno 2016, n. 2530; III, 20 gennaio 2016, n. 193).

Qualora tale verifica si concluda negativamente – se cioè si possa assumere che il dato economico contenuto nell'offerta tecnica mai avrebbe consentito alla commissione di rappresentarsi le condizioni economiche dell'impegno dell'operatore per la realizzazione dell'opera o l'esecuzione del servizio – non v'è ragione alcuna di dire in pericolo la *par condicio* tra gli operatori economici in sede di valutazione degli elementi tecnici dell'offerta, non essendo certo la commissione in condizione di reputare conveniente o meno l'offerta da valutare.

4.2. Pertanto, l'operatore economico non può essere escluso per il solo fatto che dati economici siano stati rinvenuti nei documenti componenti la sua offerta tecnica, senza ulteriore verifica della loro (dei dati economici) capacità di influenzare le determinazioni del seggio di gara, poiché, altrimenti, non sarebbe data applicazione al principio di segretezza dell'offerta economica, ma piuttosto verrebbe introdotta una nuova clausola di esclusione in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione stabilito dall'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici.

4.3. Alla luce dell'orientamento descritto, la sentenza di primo grado merita piena adesione.

Il ragionamento di Citelum s.a. – è possibile con semplice operazione matematica derivare dai dati forniti da Enel Sole nell'offerta tecnica il “*prezzo a punto luce*” – porterebbe a dire dovuta l'esclusione della controinteressata se conoscendo il “*prezzo a punto luce*” la commissione giudicatrice fosse stata in grado di ipotizzare l'entità dell'offerta economica e dirla conveniente.

In base al disciplinare di gara – Allegato 3 – *Offerta economica* – per formulare la loro offerta economica, però, i concorrenti erano tenuti ad elaborare una serie di dati nessuno dei quali riconducibile all'unità di valore costituita dal “*punto/luce*”; essi, cioè, avrebbero dovuto utilizzare altri parametri più direttamente collegati alla tipologia di servizi richiesti dalla stazione appaltante (quali: il “*Coefficiente di condivisione del risparmio energetico*”, il “*Costo dell'energia*”, la “*Componente non energetica*” e i “*Listini e manodopera*”) di quanto non lo fosse il “*prezzo a punto/luce*” che, invece, di regola, riflette il solo costo (di materiali e manodopera) per l'installazione (modifica/manutenzione) di un singolo punto/luce in un dato impianto.

Ne segue che, anche conoscendo il “*prezzo a punto/luce*”, la commissione non avrebbe in alcun modo potuto prospettarsi il valore dell'offerta economica di Enel Sole.

Sviluppando un argomento della stessa appellante, nella costruzione di un'opera pubblica, la conoscenza del prezzo a metro quadro può consentire di ipotizzare il valore dell'offerta economica solo a condizione che il prezzo sia stabilito in base a tale unità di misura, non quando – in ipotesi – si preveda di remunerare l'opera definendo il suo prezzo sulla base di altri parametri.

4.4. Tale considerazione, già svolta dal giudice di primo grado, non è stata contrastata in maniera efficace dall'appellante che si è limitato a dire il “*prezzo a punto/luce*” una unità di misura del costo del servizio di pubblica illuminazione, ma non

ha riferito come, dalla conoscenza di tale dato, sarebbe stato possibile immaginare il corrispettivo richiesto nella offerta economica per l'esecuzione dello specifico servizio in affidamento.

Si può, dunque, affermare che la conoscenza del “prezzo a punto/luce” non aveva capacità, anche solo potenziale, di influenzare la valutazione della commissione giudicatrice poiché non permetteva di ipotizzare quale sarebbe stato il contenuto dell'offerta economica.

4.5. Altre considerazioni occorre svolgere sull'offerta tecnica di Enel Sole; come esposto in precedenza, secondo il ragionamento dell'appellante, essendo indicato nella Relazione tecnica il numero dei punti luce per *plafond* (qui inteso come importo massimo previsto) ed essendo, in questo modo, possibile ricavare il prezzo a punto/luce, si sarebbe giunti a definire un dato economico rilevante per decidere sulla convenienza dell'offerta economica.

Riprendendo anche in questo caso argomenti già svolti dal giudice di primo grado, va detto che il disciplinare di gara prevedeva, tra i criteri tecnici di aggiudicazione della gara, il criterio (j.2) denominato “*Scenario di adesione delle pubbliche amministrazioni al Lotto di riferimento*”; in pratica, come specificato da Consip nella sua memoria, era richiesto ai concorrenti di elaborare la domanda potenziale da parte delle pubbliche amministrazioni presenti nel lotto e di mostrare la capacità di intercettare tale domanda.

Come è dato leggere nella Relazione tecnica, Enel Sole ha ritenuto di elaborare i suoi scenari a partire dal dato del “*parco impiantistico aggredibile*” (tenendo conto della dislocazione territoriale dei punti luce e del numero delle pubbliche amministrazioni potenzialmente aderenti), per giungere ad “*individuare il numero dei punti luce che, tra quelli, aggredibili possono essere “contrattualizzati” fino a saturazione del lotto*” (così a pag. 9 della Relazione tecnica).

Siffatta elaborazione era funzionale a dar risposta alle richieste della stazione appaltante, trattandosi di dati che, se non proprio essenziali per l'elaborazione degli scenari, erano di certo significativi per fornire alla commissione giudicatrice utili elementi di valutazione della capacità di attrazione delle pubbliche amministrazioni.

In definitiva – in disparte che si è in presenza di uno “scenario” rispetto al quale la possibilità di verifica concreta resta incerta e con essa i dati sui quali si fonda (dato il carattere di strumento “aperto” delle convenzioni Consip (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 dicembre 2021, n. 8047, richiamata dall'appellata) – quelli forniti da Enel Sole erano elementi economici necessari allo scopo di rappresentare le soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara come richiesto dal disciplinare di gara, sul punto non oggetto di specifica impugnazione; ciò che vale ad escludere che l'appellato sia incorso nel divieto di introdurre nella propria offerta tecnica indicazioni che consentissero di ricostruire l'offerta economica nel suo complesso.

4.6. In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

5. La particolarità della vicenda consente di compensare tra le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Federico Di Matteo

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO