

Pubblicato il 10/05/2021

**N. 03612/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 09759/2020 REG.RIC.**

**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 9759 del 2020, proposto da

Engie Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Colavecchio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

**contro**

Autorita' di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale - Genova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Ing. Ottonello Tomaso & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Inglese e Marco Petrone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Petrone in Roma, via Oslavia, 28;

**per la riforma**

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 841/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale - Genova e della Ing. Ottonello Tomaso & C. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2021 il Cons. Stefano Fantini e udito per le parti l'avvocato Inglese in collegamento da remoto; preso atto del deposito delle note di passaggio in decisione, è data la presenza dell'avvocato Colavecchio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.-La Engie Servizi s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 25 novembre 2020, n. 841 del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sez. I, che ha accolto il ricorso della Ing. Ottonello Tomaso & C. s.r.l. avverso il provvedimento in data 13 settembre 2020 disponente l'aggiudicazione in suo favore della procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria e pronto intervento degli impianti termici, di climatizzazione ed idrici portuali dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale di Genova per la durata di ventiquattro mesi, con opzione di prosecuzione per altri dodici.

All'esito della gara la società Engie è risultata prima graduata con punti 87,28 (di cui 62,88 punti per l'offerta tecnica e 24,4 per l'offerta economica), mentre la società Ing. Ottonello seconda con punti 87,08 (di cui 65,28 per l'offerta tecnica e 21,8 per l'offerta economica).

2. - Con il ricorso in primo grado la società Ing. Ottonello ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-quater*), del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché per molteplici vizi sintomatici dell'eccesso di potere in quanto l'aggiudicataria è stata per quattro volte condannata con sentenza passata in giudicato per inadempimento nei confronti dei suoi subappaltatori, contestando altresì la differenza di punteggio tecnico attribuito alle due offerte ed allegando la mancanza del progetto preliminare nell'offerta aggiudicataria; ha altresì allegato l'incongruità dell'offerta stessa, derivante dall'importo esiguo delle spese generali (ammontanti al 2,80 per cento) e dalla natura eccessiva dell'importo della franchigia per gli interventi di manutenzione correttiva a guasto di cui all'art. 8.7.2. del capitolato (pari ad euro 1.600,00).

3. - La sentenza appellata ha disatteso i primi tre motivi di ricorso ed accolto il quarto ed il quinto, attinenti alla verifica di anomalia, disponendo la rinnovazione del subprocedimento in questione. In particolare, la sentenza ha affermato che il valore delle spese generali pari al 2,80 per cento era troppo esiguo, ponendosi ingiustificatamente in contrasto con la previsione, dal valore tendenziale, dell'art. 32, comma 2, lett. b), del d.P.R. n. 207 del 2010, oltre che con l'importo delle spese generali desumibili dai bilanci della società Engie; analogamente, l'importo particolarmente elevato della franchigia andava indagato in sede di anomalia dell'offerta.

4.- Con il ricorso in appello la società Engie Servizi ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado, limitatamente alle statuizioni di accoglimento del quarto e del quinto motivo del ricorso introduttivo, allegando che il giudizio di anomalia dell'offerta previsto dall'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha natura globale e sintetica e non può tradursi nella valutazione delle singole voci che compongono l'offerta, sì che la sentenza si è sostituita alla stazione appellante. In ogni caso, per l'appellante, deve ritenersi inapplicabile il parametro delle spese generali di cui all'art. 32, comma 2, lett. b), del d.P.R. n. 207 del 2010, che si riferisce ai progetti di lavori pubblici e non ai servizi e forniture, e che è comunque

norma derogabile. Quanto, poi, alla franchigia, deduce l'appellante di avere reso le giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia per due volte; anche in tale caso la sentenza avrebbe esondato dai limiti propri del sindacato di legittimità.

5. - Si è costituita in resistenza la Ing. Ottonello Tomaso & C. s.r.l. chiedendo la reiezione dell'appello principale ed esperendo al contempo appello incidentale nei confronti delle statuizioni di primo grado che hanno respinto i primi tre motivi concernenti la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-quater*), del d.lgs. n. 50 del 2016, la violazione della *lex specialis* di gara (in particolare, degli artt. 18.1, 18.2 e 16 del disciplinare, nonché dell'art. 8.11.1 del capitolato speciale).

6. - Si è costituita in giudizio l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure chiedendo l'accoglimento dell'appello principale e la reiezione di quello incidentale.

7. - All'udienza pubblica dell'8 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1.- Il primo motivo dell'appello principale critica la statuizione di primo grado che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di Engie in quanto la stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non avrebbe svolto un'indagine specifica in relazione al profilo delle spese generali; deduce l'appellante che il giudizio di anomalia, essendo finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà dell'offerta, ha natura globale e sintetica e non si concentra in modo parcellizzato sulle singole voci; corrispondentemente, il sindacato giurisdizionale non può estendersi alla verifica delle singole componenti dell'offerta. Erroneamente, dunque, sostituendosi alle valutazioni tecniche rimesse alla stazione appaltante, la sentenza ha affermato che l'amministrazione avrebbe dovuto approfondire in sede di anomalia il profilo attinente alle spese generali, in tale guisa violando anche la previsione di cui all'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm.

Il secondo motivo, che può essere esaminato congiuntamente al primo per connessione tematica, deduce poi la falsa applicazione dell'art. 32, comma 2, lett. b), del d.P.R. n. 207 del 2010, nell'assunto dell'inapplicabilità di tale norma, di per sé derogabile, agli appalti di servizi, quale è quello in esame, sì da non potersene postulare uno scostamento dai valori particolarmente significativo (anche perché talune voci riguardano specificamente ed esclusivamente gli appalti di lavori). In ogni caso, per l'appellante, le percentuali per spese generali sono comprimibili, con la conseguenza che aliquote inferiori a quelle indicate dalla norma bene possono essere ammissibili, trattandosi di elementi la cui incidenza è variabile da impresa ad impresa.

Il terzo motivo, anch'esso complementare, o forse meglio reiterativo e specificativo dei primi due, torna ad allegare il divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati, la comprimibilità delle spese generali, la riferibilità delle medesime anche a più contratti, ed a contestare il riferimento nei bilanci di Engie di un importo delle spese generali nella misura del 15 per cento.

I motivi sono infondati.

Sotto il primo profilo, è costante la giurisprudenza, invero richiamata dalla stessa sentenza appellata, nell'affermare che nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta, finalizzato allo scrutinio dell'attendibilità e serietà della stessa, ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte, ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile; detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara (Cons. Stato, III, 18 gennaio 2021, n. 544).

La sentenza ha però precisato che *«nel caso in cui venga posta in discussione la remuneratività dell'offerta, è sufficiente anche una sola voce che da sola renda l'offerta non remunerativa per determinarne l'anomalia»*, e ha conseguenzialmente affermato che sarebbe stata necessaria una puntuale verifica.

Il giudizio sull'anomalia, pur avendo natura globale e sintetica, senza dunque concentrarsi in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, necessariamente discende da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti e da tale attività possono emergere elementi di inattendibilità ed insostenibilità dell'offerta. Detto in altri termini, il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 774); ma se emerge una totale inadeguatezza della percentuale di incidenza delle spese generali, in assenza di adeguata giustificazione, non può prescindere, atteso che le spese generali per l'esecuzione dell'appalto attengono, in definitiva, alle spese di azienda, vale a dire al costo dell'organizzazione di impresa (della sua organizzazione e conduzione).

Va aggiunto che l'accertamento di una carenza di istruttoria da parte della stazione appaltante nella verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario impone la riapertura del relativo subprocedimento e la valutazione anche delle giustificazioni presentate dagli altri concorrenti; tale sindacato non incontra un limite nell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., in quanto, per il solo fatto di determinare un prosieguo procedimentale, non integra una pronuncia sui poteri amministrativi non ancora esercitati, limitandosi piuttosto ad un effetto conformativo sulla riedizione del potere (in termini Cons. Stato, VI, 20 aprile 2020, n. 2520).

Procedendo alla disamina del secondo profilo, deve considerarsi che le spese generali attengono ad ogni appalto, e dunque anche a quello di servizi, non potendosi dunque escludere l'applicabilità, alla stregua di norma di principio, dell'art. 32, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010.

E' pur vero che alcuni costi (tra quelli indicati dal predetto art. 32, comma 4) attengono propriamente agli appalti di lavori, e dunque non possono, seguendo la prospettazione dell'appellante, essere considerati nella diversa tipologia di appalti che viene in questa sede in rilievo, ma, pur con tale premessa, non può negarsi un significativo scostamento. Va peraltro considerato che la manutenzione ordinaria e soprattutto quella straordinaria degli impianti termici, di climatizzazione ed idrici portuali, ha natura di contratto quanto meno misto (denotano in tale senso anche le previsioni di cui all'art. 3, *sub* lett. *oo-quater* ed *oo-quinquies*), e, nel caso di specie, risulta presente una componente significativa di lavori, come conferma la circostanza che il disciplinare di gara ha chiesto ai concorrenti il possesso dell'attestazione della qualificazione SOA in corso di validità per le categorie OS28 Classifica II, OS30, Classifica I, ed OG1, Classifica I.

Tali considerazioni valgono a dimostrare la rilevanza (dell'adeguatezza) delle spese generali anche nei lavori impiantistici svolti nel contesto di un appalto di servizi comunque misto, data l'eterogeneità tipologica delle prestazioni dedotte (in termini Cons. Stato, V, 4 maggio 2001, n. 2518).

Il dato obiettivo è che l'appellante ha indicato, a titolo di spese generali, un importo pari al 2,80 per cento, a fronte di un parametro normativo che prevede una percentuale variabile tra il 13 ed il 17 per cento, a seconda dell'importanza, della natura, della durata e di particolari esigenze dei singoli "lavori".

Si aggiunga che la giurisprudenza ammette che le percentuali per spese generali non sono incompressibili, con la conseguenza che sono ammissibili aliquote inferiori a quelle indicate nell'art. 32, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 (espressive di elementi la cui incidenza è variabile da impresa ad impresa), ma nella fattispecie difetta la giustificazione concreta e documentata di una percentuale anormalmente bassa. Tanto più considerando che le spese generali non possono essere ripartite su più contratti (circostanza che avrebbe comunque dovuto essere dimostrata) allorché non attengano genericamente all'organizzazione aziendale, ma riguardino lo specifico contratto (le c.d. variabili).

2. - Il quarto mezzo critica poi la statuizione di prime cure che, asseritamente esondando dai limiti della giurisdizione di legittimità, ha ravvisato il difetto di istruttoria del giudizio di anomalia sotto il profilo dell'importo della franchigia (cioè delle prestazioni gratuite) dichiarato dall'aggiudicataria per gli interventi di manutenzione correttiva a guasto (euro 1.600,00, a fronte di una base di gara ammontante ad euro 528,08); deduce l'appellante che tale profilo è stato oggetto di apposito approfondimento e che Engie ha reso giustificazioni (condivise dal R.U.P.) per bene due volte, rilevando altresì come l'offerta di Engie contemplasse un "canone dei servizi" più elevato rispetto a quello indicato nell'offerta di Ottonello, tale da consentire la ricomprensione di maggiori interventi nella franchigia.

Anche tale motivo, con rilevanza più marginale, è infondato per le ragioni precedentemente esposte con riguardo alla natura della valutazione di anomalia dell'offerta.

Si tratta di una voce componente dell'offerta il cui importo è rimasto indimostrato e che, insieme alle riscontrate criticità, concorre a rendere l'offerta economica nel suo complesso inattendibile ed inaffidabile, nella prospettiva dell'equilibrio complessivo dell'offerta di Engie che prevede un utile piuttosto modesto (pari al 3,71 per cento), sì da difficilmente consentire, in concreto, compensazioni interne. Del resto, addurre che il canone dei servizi è più elevato di quello espresso in un'altra offerta è irrilevante, essendo elementi incomparabili, in quanto in funzione dell'offerta complessiva.

3. - Può ora procedersi alla disamina dell'appello incidentale della società Ing. Ottonello Tomaso.

Lo stesso è infondato e tale considerazione esime il Collegio dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità svolta da Engie Servizi in considerazione della mancata impugnazione dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria e degli atti in cui è stata compiuta la valutazione di assenza di cause di esclusione, pur dovendosi rilevare, sotto il profilo della mancanza di lesività, la "formula aperta" dell'ammissione disposta con verbale di gara del 6 febbraio 2020.

4. - Il primo motivo incidentale è volto a censurare la sentenza che ha disatteso il primo motivo del ricorso introduttivo concernente la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-quater*), del d.lgs. n. 50 del 2016, e volto a contestare l'ammissione alla gara della società Engie per essere la stessa incorsa in ben quattro sentenze di Tribunali civili, passate in giudicato, recanti accertamento dell'inadempimento nei confronti dei subappaltatori cui non era stato riconosciuto il corrispettivo (per importi rispettivamente di euro 85.958,93, 152.000,00, 113.695,97 e 42.636,00). Lamenta la società Ing. Ottonello la mancanza di una valutazione autonoma dell'Autorità Portuale in ordine alla gravità dell'inadempimento, contestando al contempo l'erroneità dell'assunto secondo cui tali inadempimenti non sarebbero gravi in quanto non sono stati così qualificati dalle sentenze; queste ultime, per l'appellante, devono limitarsi ad accertare l'inadempimento nei limiti del *petitum* dedotto in giudizio. Assume come dunque spetti alla stazione appaltante la valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento ai fini della valutazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c-quater*), del d.lgs. n. 50 del 2016; ad ogni modo la valutazione "sostitutiva" compiuta dal primo giudice sarebbe errata in quanto ciascuno degli inadempimenti cui è incorsa la società Engie è grave, senza che possa essere attribuito valore alla risalenza nel tempo delle varie fattispecie, alla circostanza che gli inadempimenti abbiano interessato imprese diverse da Engie e da questa incorporate.

Il motivo, come premesso, è infondato, non già sotto il profilo della spettanza alla stazione appaltante del giudizio sulla gravità dell'inadempimento, che la stessa sentenza appellata ha riconosciuto di pertinenza della Commissione, quanto proprio nel merito, avendo la sentenza bene rilevato come elementi ostativi ad un siffatto giudizio, di tipo anche soggettivo (Cass., II, 11 marzo 2008, n. 6463), in quanto si estende al profilo della colpa oltre che alla rilevanza dello squilibrio del sinallagma contrattuale, la risalenza di alcune vicende, la circostanza che le stesse fossero imputabili a soggetti diversi successivamente incorporati dall'aggiudicataria, la circostanza che le vertenze non fossero riconducibili al mero inadempimento ma a contestazioni sulle prestazioni rese dal subappaltatore; in tale modo la sentenza ha

ravvisato la ragionevolezza della valutazione compiuta dall'amministrazione, alla stregua della documentazione in atti relativa al contenuto ed all'esito delle controversie (svoltesi dinanzi al Tribunale di Milano, al Tribunale di Roma, ed ancora al Tribunale di Milano).

5. - Il secondo motivo di appello incidentale critica la sentenza che non ha rilevato la contraddittorietà tra il giudizio di equivalenza delle offerte della ricorrente e della controinteressata espresso dalla Commissione giudicatrice in relazione al criterio di valutazione n. 5 (*“soluzioni tecnico progettuali innovative ed ulteriori diverse da quelle contenute nel capitolato speciale”*) dell'art. 18.1 del disciplinare e la differenza del punteggio alle stesse attribuite (pari a 5 per Engie e 3,87 per la Ing. Ottonello), deducendo la superiorità sotto il profilo tecnico di quest'ultima offerta, in quanto molto più completa e dettagliata.

Il motivo è infondato.

La sentenza appellata ha precisato che la Commissione non ha espresso un giudizio di totale equivalenza, che renda illegittima, per contraddittorietà, la differente attribuzione del punteggio alle due offerte, aggiungendo che è poi inammissibile il sub-motivo volto a fare accertare la superiorità dell'offerta tecnica dell'appellante incidentale. Tale statuizione trova conferma in un'interpretazione sistematica degli atti di gara, ed in particolare dal verbale della seduta riservata del 20 febbraio 2020, che segue un *modus procedendi* caratterizzato da un giudizio dapprima generale sui singoli criteri di valutazione, poi specificato con l'attribuzione del punteggio. Ora, con riguardo al criterio n. 5.1, la Commissione ha affermato che gli operatori Engie e Ing. Ottonello *«propongono soluzioni tecnico progettuali innovative realistiche, di facile implementazione [...], che vengono apprezzate»*, salvo poi graduare questa valutazione, per entrambe positiva, nella puntuale attribuzione del punteggio riportato nel *“riepilogo offerta tecnico qualitativa”*. Non vi è dunque contraddittorietà, essendosi al cospetto di due fasi di valutazione, analogamente, del resto, a quanto accade per il criterio n. 4, rispetto al quale la Commissione ha ritenuto che *«gli operatori economici Engie Servizi s.p.a. e Ing. Ottonello Tomaso & C. s.r.l. forniscono una descrizione chiara ed accurata delle attività e delle misure da mettere in atto per la riduzione della Carbon Footprint relativa alle attività oggetto del servizio mentre i restanti operatori economici forniscono indicazioni di approccio più difficilmente interpretabile e pertanto vengono meno apprezzati dalla Commissione»*, salvo poi attribuire ad Engie punti 18,19 ed alla Ing. Ottonello punti 18,64.

E' sufficiente aggiungere che il sindacato delle valutazioni tecniche espresse dall'amministrazione è parametrato alla verifica della ragionevolezza e non erronea presupposizione del giudizio espresso, e non può essere di tipo sostitutivo, sì che appare effettivamente inammissibile la pretesa di accertamento del maggiore pregio delle *“soluzioni tecnico/progettuali innovative”* dell'appellante incidentale.

6. - Il terzo motivo incidentale deduce poi la violazione dell'art. 16 del disciplinare, richiedente a pena di esclusione il rispetto delle caratteristiche minime stabilite nel progetto, nell'assunto che l'offerta di Engie avrebbe dovuto essere esclusa per non avere rispettato la clausola del capitolato speciale (art. 8.1.1) a mente del quale il piano di monitoraggio da remoto (PMR) doveva essere presentato nell'offerta tecnica mediante un progetto preliminare; in particolare Engie si sarebbe limitata a descrizioni generiche e ripetitive delle prescrizioni del capitolato speciale.

Anche tale motivo è infondato, se non anche inammissibile, in quanto reiterativo della censura di primo grado e non specificamente svolto in considerazione della statuizione critica.

Invero, la sentenza appellata ha bene chiarito che *«per quanto riguarda il piano di monitoraggio da remoto (PMR), occorre rilevare come, in sede di offerta tecnica, fosse richiesto un livello di progettazione solo preliminare, che come è noto richiede una specificazione di dettaglio inferiore rispetto alla progettazione definitiva ed esecutiva»*; ha ulteriormente aggiunto che *«la mancata predisposizione formale del PMR, ferma restando l'obbligatorietà dei contenuti che come detto sono stati espressi dalla aggiudicataria, non era sanzionata a pena di esclusione»*.

La considerazione è assorbente ai fini del decidere, ma può aggiungersi che la relazione tecnica sul sistema di monitoraggio della società Engie, appare, alla stregua di una valutazione *ab extrinseco*, sufficientemente precisa, con la previsione dei modelli da utilizzare e delle tecnologie di comunicazione da adottare.

7. - Alla stregua di quanto esposto, vanno respinti sia l'appello principale che quello incidentale.

La complessità della controversia e la condizione di reciproca soccombenza integrano le ragioni che per legge consentono la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e quello incidentale.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**