

Parere n.41 del 27/03/2013

PREC 6/13/L-S-F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da AMBROGIO MORO S.p.A. – “*Procedura aperta per l’affidamento del servizio energia comprendente fornitura di combustibile, gestione, conduzione, manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria, adeguamento normativo, riqualificazione tecnologica e ristrutturazione degli impianti termici a servizio degli edifici dell’Amministrazione comunale*” – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: €36.934.898,08 IVA esclusa – S.A.: Comune di Como.

Affidamento del servizio di energia. Legittimità della lex specialis di gara.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 dicembre 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la ditta AMBROGIO MORO S.p.a., con riferimento alla gara indetta per l’affidamento del “*servizio energia*” in oggetto, contesta alla S.A. il mancato rispetto della normativa di settore sotto plurimi e concorrenti profili.

In particolare, l’istante lamenta che la gara è stata bandita nonostante il mancato collaudo degli impianti per l’erogazione dell’energia termica agli immobili comunali, con la conseguenza che le imprese non sarebbero nelle condizioni di formulare offerte serie e ponderate e, per giunta, si darebbe luogo ad una disparità di trattamento a vantaggio dell’attuale gestore del servizio. L’istante aggiunge che anche dal Bando e dall’annesso Disciplinare trasparirebbe la necessità di acquisire tali informazioni, laddove prevedono l’obbligo degli operatori di effettuare sopralluogo presso gli immobili e di dichiarare di avere tenuto conto, nella formulazione dell’offerta, dello stato di consistenza degli edifici esistenti.

Illegittimo, inoltre, sarebbe il bando di gara nella parte in cui fissa il corrispettivo per l’erogazione del servizio spettante all’appaltatore sulla base dei consumi storici degli ultimi cinque anni, in quanto lo stesso, in base alla normativa vigente (d.P.R. n. 412/93 e d.lgs. n. 115/08), andava stabilito sulla scorta del fabbisogno energetico effettivo degli edifici da determinarsi sulla base di un’indagine tecnica approfondita (“*diagnosi energetica*”).

La Stazione appaltante, inoltre, non avrebbe indebitamente tenuto conto dei parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, previsti dalla convenzione stipulata da Consip S.p.A., anche ai fini di una valutazione di convenienza, e il bando di gara sarebbe in contrasto con l’art. 2, comma 1-bis, del D.lgs. n. 163/2006 e l’art. 13 della legge n. 180/2011, atteso che i requisiti di qualificazione sarebbero eccessivamente restrittivi della concorrenza e nemmeno assistiti da adeguata motivazione

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 17 gennaio 2013, la S.A. ha in primo luogo chiarito che la sospensione del termine per la presentazione delle offerte, disposta con determinazione dell’11 settembre 2012, è da ricondurre a motivi del tutto estranei all’istanza di parere in oggetto, in quanto riflette la necessità di una nuova ponderazione dell’interesse pubblico da parte della Giunta di recente insediatasi, e che alle rimostranze della società istante, che ha ritenuto di non partecipare alla gara, ha risposto con atto diffusamente motivato. In ordine ai rilievi mossi, il Comune evidenzia che, ad onta della pretesa portata restrittiva della concorrenza dei requisiti di qualificazione richiesti, sono pervenute n. 4 offerte di partecipazione alla gara. Inoltre, il collaudo sarebbe adempimento eseguibile solo alla conclusione del periodo contrattuale, siccome volto a verificare il rispetto degli obblighi assunti dall’appaltatore e comunque la *lex specialis* conterrebbe una serie di previsioni atte a consentire alle imprese di formulare offerte serie

e ponderate a prescindere dal collaudo, la cui mancata effettuazione nemmeno può assicurare una posizione di vantaggio in favore dell'attuale gestore del servizio. In ordine a quanto lamentato dall'istante, a proposito della pretesa violazione delle norme di legge vigenti in tema di contenimento energetico e dei canoni di efficienza e buon andamento della Pubblica Amministrazione, il Comune osserva che la base d'asta è stata definita attraverso il dato storico dei consumi, siccome oggettivo e certo, ed il progetto prevede l'adozione di strumenti idonei ad assicurare obiettivi di contenimento energetico. La stessa Convenzione Consip, richiamata dall'istante, farebbe esclusivo riferimento ai consumi storici e non alle diagnosi energetiche, appunto perché non richieste dalla normativa attualmente vigente. Per quanto poi attiene alla lamentata mancata adesione alla Convenzione Consip o comunque al mancato riferimento ai parametri prezzo-qualità in essa contemplati, si osserva che l'oggetto dei due rispettivi appalti non sarebbe comparabile, mentre, in ordine al rilievo inerente alla mancata suddivisione dell'appalto in lotti, con conseguente mancato ridimensionamento dei requisiti di qualificazione, si oppone che il dimensionamento del servizio riflette la discrezionalità della Stazione appaltante e, nel caso di specie, sottenderebbe chiare esigenze di contenimento della spesa.

Ritenuto in diritto

La questione agitata dall'istante investe la legittimità, secondo distinti e concorrenti profili, del bando predisposto dal Comune di Como per l'affidamento per 9 anni del "servizio energia", comprendente la fornitura di combustibile, la gestione, la conduzione, la manutenzione ordinaria e straordinaria e l'adeguamento normativo, nonché la riqualificazione tecnologica degli impianti termici a servizio degli edifici dell'amministrazione comunale.

1. L'istante lamenta, in primo luogo, che il bando non è stato preceduto dal collaudo degli impianti per l'erogazione dell'energia termica agli immobili comunali nonostante, con la gara in esame, il Comune chieda agli operatori partecipanti di presentare offerte tecniche contenenti, tra l'altro, progetti di ristrutturazione di detti impianti. Si aggiunge che la Ditta è al corrente del fatto che l'Ente ha indetto, con avviso del 10 aprile 2012, una procedura negoziata per l'affidamento di collaudo tecnico-amministrativo relativo agli interventi realizzati nel corso del precedente appalto per 9 anni del "servizio calore", ma alcuna comunicazione è stata resa in favore dei concorrenti circa l'esito della gara e l'espletamento dell'attività di collaudo. Tale mancanza avrebbe, a parere dell'istante, una duplice incidenza sulla legittimità della gara sia perché essa non consentirebbe di formulare offerte serie e ponderate sia perché attribuirebbe una posizione di vantaggio in favore dell'attuale gestore del servizio. Solo quest'ultimo, infatti, sarebbe a conoscenza della reale situazione degli impianti e, pertanto, sarebbe in grado di proporre soluzioni più rispondenti agli obiettivi di riqualificazione impiantistica oggetto della gara.

Entrambi i profili della censura non convincono, in quanto, per il primo, come evidenziato dall'Amministrazione nella sua memoria, la normativa applicabile *ratione temporis* al precedente appalto per il servizio "calore" (art. 28, comma 1, della l.n. 109/94 e art. 192, comma 1, del d.P.R. n. 554/99) prevede che il collaudo finale deve essere effettuato entro sei mesi dall'ultimazione dei lavori, termine che nel caso di specie non è ancora scaduto per effetto della disposta proroga del precedente appalto a tutto il 30 aprile 2013. Ma, soprattutto, occorre rilevare che già in sede di sopralluogo, non a caso dichiarato obbligatorio dalla disciplina di *lex specialis*, è possibile avere piena cognizione in ordine alla funzionalità e alla effettiva consistenza degli impianti. Da ciò si evince la infondatezza anche del secondo profilo di censura, non potendosi intravedere la denunciata posizione di vantaggio in favore dell'attuale gestore del servizio per un preteso *surplus* di informazioni circa la effettiva consistenza degli impianti. La lamentela in esame va quindi disattesa.

2. A parere dell'istante il bando di gara sarebbe illegittimo sotto altro profilo, avuto riguardo al fatto che esso prevede il pagamento del servizio "calore" "a consumo" e non "a prestazione energetica", come risulta dal punto 5.2, pag. 14 della Relazione tecnico-illustrativa, ma questo criterio sarebbe in contrasto con precise previsioni normative che hanno di mira obiettivi di

risparmio energetico, che non possono prescindere dalla previa verifica del fabbisogno energetico. La dimostrazione empirica dei pregiudizievole effetti della contestata violazione sarebbe data dall'importo stimato a base d'asta che sarebbe sproporzionato siccome nettamente superiore a quello contemplato dalla convenzione stipulata dalla Consip S.p.A. per il servizio "energia". In senso contrario, va rilevato che la media dei consumi registrati negli ultimi cinque anni costituisce senz'altro parametro obiettivo che rispecchia l'effettivo livello di attuale efficienza energetica degli impianti, suscettibile di miglioramento attraverso i numerosi strumenti di efficientamento contemplati dalla disciplina di gara (v. punto 5.3 della Relazione tecnico-illustrativa e art. 12 Capitolato speciale descrittivo e prestazionale). L'istante lamenta la violazione della normativa di settore, ma sia il d.Lgs. n. 115/2008 (*"Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE"*) sia il D.P.R. n. 412/1993 (*"Regolamento recante norme per la progettazione, l'installazione, l'esercizio e la manutenzione degli impianti termici degli edifici ai fini del contenimento dei consumi di energia, in attuazione dell'art. 4, comma 4, della L. 9 gennaio 1991, n. 10"*), entrambi richiamati dall'istante anche se in termini del tutto generici, affidano alle Amministrazioni pubbliche obiettivi di risparmio energetico ma non impongono che gli edifici pubblici siano in ogni caso già muniti di certificazione energetica (v. art. 13) e comunque in maniera da pregiudicare, in caso di loro mancanza, l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica come quella in oggetto, essendo quindi consentito rinviarne l'acquisizione ad intervenuta erogazione del servizio.

Per quanto attiene alla pretesa sproporzione dell'importo a base d'asta rispetto a quello risultante dalla Convenzione Consip, occorre convenire con quanto osservato sul punto dall'Amministrazione, nelle articolazioni rese nel corso del procedimento di precontenzioso, circa la genericità di tale affermazione, siccome non corroborata da alcun supporto documentale e comunque incurante della oggettiva eterogeneità delle due prestazioni già sotto il profilo del numero degli immobili rispettivamente interessati dagli interventi. Non va infine sottaciuto quanto previsto dall'art. 14, comma 1 del d.l. n. 95/2012 (*"Misure in tema di riduzione dei consumi di energia e di efficientamento degli usi finali dell'energia"*), norma in vigore dal 7 luglio 2012, secondo cui *"Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sulla base delle indicazioni fornite dall'Agenzia del demanio, adottano misure finalizzate al contenimento dei consumi di energia e all'efficientamento degli usi finali della stessa, anche attraverso il ricorso ai contratti di servizio energia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 agosto 1993, n. 412, e al decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115, e anche nelle forme dei contratti di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, comma 15-ter, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"*. Detto termine, infatti, come evidenziato dalla S.A., non è ancora scaduto alla data attuale. Anche il rilievo in esame quindi non convince.

3. L'istante lamenta altresì che la Stazione appaltante avrebbe dovuto aderire alla Convenzione stipulata con l'operato selezionato da Consip S.p.A. in tal modo violando l'art. 4, comma 3, del d.L. n. 52/2012, ed, inoltre, non avrebbe indebitamente tenuto conto dei parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, previsti dalla convenzione stipulata da Consip S.p.A., anche ai fini di una valutazione di convenienza. Il rilievo non è tuttavia corroborato dalla valorizzazione di profili che denotino la necessaria comparabilità dei due oggetti (T.A.R. Brescia Lombardia sez. II, 05 novembre 2009, n. 1920), tanto più che essa è contestata dalla S.A. con diffuse argomentazioni, per giunta accompagnate dalla produzione di uno schema riassuntivo di comparazione, evidenziando, ad esempio, che soltanto l'appalto del Comune consente all'Ente di affidare, contestualmente al servizio, anche i lavori di ristrutturazione impiantistica relativi a 10 progetti strategici per l'Amministrazione, nonché ulteriori servizi non previsti. Anche tale rilievo non risulta quindi convincente.

4. Per quanto attiene alla lamentata coincidenza di una parte dell'offerta con i relativi criteri di valutazione, dall'esame della documentazione di gara nemmeno può sostenersi che le perplessità

degli istanti sono da ritenere fondate. Orbene, i requisiti imposti dal Comune di Como appaiono in rapporto di corretta proporzione con l'oggetto dell'appalto, fermo restando che gli effetti concretamente restrittivi della concorrenza non sono affatto supportati documentalmente dall'istante e comunque non sembrano trovare conferma nella significativa partecipazione che l'evoluzione della gara ha registrato attraverso la presentazione di n. 4 offerte. La scelta di non suddividere l'appalto in lotti, che al contrario avrebbe determinato il ridimensionamento dei requisiti di partecipazione, riflette l'ampia discrezionalità che compete alla S.A., non emergendo elementi dai quali desumere che essa ridondi a danno di esigenze di contenimento della spesa pubblica, ma, al contrario, la scelta appare conforme alle stesse per economie di scala. Non si ravvisa quindi la prospettata violazione dell'art. 2, comma 1-bis del d.lgs n. 163/2006 che, nello statuire che *"Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali"*, pone contestualmente limiti alla latitudine dell'obbligo siffatto, connessi alla convenienza economica e alla funzionalità dei lotti.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Il Consigliere Relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito