

PARERE N. 212 DEL 20/12/2012

PREC 199/12/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie *ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate da Assistal e da Mugnai s.p.a. - Affidamento convenzione per il servizio integrato di energia per le pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000 - Importo a base di gara 984.500.000,00 euro - S.A.: Consip spa*

Convenzione Consip - Lavori di manutenzione straordinaria - Determinatezza oggetto dell'affidamento - Quantificazioni delle penali.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Il 2 agosto 2012 ed il 2 ottobre 2012 sono pervenute le istanze indicate in epigrafe, presentate, rispettivamente, da Assistal (Associazione Nazionale Costruttori di Impianti) e da Mugnai s.p.a., relative alla procedura aperta indetta da Consip spa, per l'affidamento triennale della Convenzione per il servizio integrato energia in favore delle pubbliche amministrazioni, di importo complessivo stimato pari ad euro 984.500.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Convenzione ha ad oggetto in sintesi: a. fornitura energetica; b. gestione, conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di climatizzazione invernale ed estiva e delle relative apparecchiature; c. gestione conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elettrici e delle relative apparecchiature; d. interventi di riqualificazione energetica sugli immobili delle Amministrazioni e successivo controllo e monitoraggio dei risparmi conseguiti; f. costruzione e gestione della anagrafica tecnica; costruzione e gestione del sistema di informativa; call center; programmazione e controllo operativo.

La disciplina di gara è contestata sotto due distinti profili:

1. laddove prevede che, solo dopo l'espletamento della gara e l'intervenuta adesione delle singole amministrazioni alla Convenzione, l'aggiudicatario avrà contezza della quantità e della tipologia degli interventi di manutenzione straordinaria e di messa a norma degli impianti.

Ne consegue, secondo l'istante, che il concorrente, non solo non sarebbe stato messo nella condizione di conoscere i predetti elementi, fondamentali e determinanti, al fine di formulare l'offerta economica, ma lo stesso non avrebbe neppure potuto valutare in modo consapevole gli obiettivi di risparmio energetico, che la legge di gara richiedeva di indicare in sede di offerta tecnica. Pertanto, lo stesso non avrebbe potuto formulare una ponderata offerta sia sotto il profilo tecnico che economico. In altri termini, solo nella fase esecutiva dell'appalto l'impresa affidataria avrebbe avuto conoscenza della consistenza degli interventi manutentivi da effettuare sul patrimonio immobiliare delle amministrazioni aderenti, secondo una sequenza di operazioni che viene così scandita dal capitolato tecnico: a) richiesta preliminare di fornitura (l'amministrazione indica gli edifici e gli impianti interessati); b) *audit* preliminare di fornitura (l'appaltatore esegue sopralluoghi ed attività di *check* energetico sugli impianti); c) redazione del piano tecnico economico (l'appaltatore descrive compiutamente gli interventi di adeguamento normativo e di riqualificazione energetica che si appresta ad eseguire);

2. laddove prevede l'irrogazione di penali irragionevoli e sproporzionate, in relazione al mancato raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico indicati in sede di offerta.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità la stazione appaltante ha trasmesso le proprie controdeduzioni per ribadire la legittimità degli atti di gara, precisando che a quest'ultima hanno partecipato settanta concorrenti.

Ritenuto in diritto

Le questioni controverse oggetto del presente esame concernono la determinatezza dell'oggetto della Convenzione e la quantificazione di penali.

Sotto il primo profilo, si osserva preliminarmente che in virtù *dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000 la Consip stipula, nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente, convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convezione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura di beni e servizi. Le amministrazioni possono ricorrere alle convenzioni ovvero possono utilizzarne i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili con l'oggetto delle stesse. Il DM. 24 febbraio 2000 ha disposto, tra l'altro, che sono affidate alla Consip le seguenti attività: a) assistere le singole amministrazioni centrali e periferiche, nonché le restanti pubbliche amministrazioni, nel pianificare e monitorare i volumi complessivi dei fabbisogni dei diversi beni e servizi, definendo gli standard e le modalità per le analisi comparative interne ed esterne; b) concludere direttamente per conto del Ministero e delle altre pubbliche amministrazioni, con i terzi fornitori di beni o prestatori di servizi le convenzioni ed i contratti quadro, ai sensi dell'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, per l'acquisto di beni e servizi nel rispetto della vigente normativa in materia di procedure di scelta del contraente, e con i quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, nonché delle restanti pubbliche amministrazioni, garantendo un sistema di logistica capace di soddisfare con la massima celerità ed efficienza le esigenze delle diverse amministrazioni".*

Venendo al caso in esame, si rileva che la procedura de qua - come ribadito dalla stessa Consip nella sua memoria - è finalizzata alla stipula di una convenzione ex art. 26 L. 488/1999, ma, quest'ultima limita l'utilizzo di tale strumento giuridico per i soli affidamenti di forniture di beni e di servizi, mentre l'oggetto della Convenzione in gara contempla anche la manutenzione, che ai sensi dell'art. 3, comma 8, D.Lgs. 163/2006, è compresa nei lavori pubblici e non nelle forniture e nei servizi.

Sotto altro profilo, si osserva che le convenzioni Consip sono riconducibili alla figura giuridica del contratto quadro, pertanto l'oggetto delle stesse al momento in cui la gara è bandita deve essere determinato o determinabile. Su tali concetti l'Autorità, con argomentazioni estendibili anche al caso in esame, ha precisato, sotto la vigenza dell'art. 154 del D.P.R. n. 554 del 1999, come oggetto del contratto aperto è l'esecuzione di lavorazioni che non sono quantitativamente predeterminabili, ma che, tuttavia, risultano "singolarmente definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo", giacché l'indeterminatezza consentita sul numero degli interventi non può estendersi anche alla tipologia degli stessi, non essendo ammissibile una previsione contrattuale comprendente la totalità dei possibili interventi manutentivi (cfr. A.V.C.P., deliberazione 13 giugno 2006 n. 22 e determinazione 23 novembre 2005 n. 9, cfr. A.V.C.P., deliberazione 14 novembre 2006 n. 86).

Di contro, dalla lettura dei documenti di gara non risulta chiaro come la Consip abbia determinato gli interventi di manutenzione straordinaria e di riqualificazione energetica. Da un lato, infatti, il paragrafo 2.2 del capitolo tecnico definisce l'attività di messa a norma degli impianti come: "*l'insieme delle attività e/o interventi atti ad adeguare gli impianti tecnologici alle leggi e alle norme tecniche vigenti*" e l'attività di manutenzione straordinaria come: "*a) manutenzione di adeguamento: interventi per adeguamento a modifiche normative e legislative (vedasi interventi di adeguamento normativo); b) manutenzione sostitutiva: interventi di sostituzione parziale o totale di unità tecnologiche o elementi tecnici per fine ciclo di vita, per obsolescenza o per ottimizzazione dei consumi energetici*"; dall'altro, però, non è previsto prima della presentazione delle offerte un sopralluogo sugli immobili delle pp.aa. interessati dai lavori in questione, per verificarne lo stato e non pare rinvenirsi negli atti di gara un'esatta indicazione della tipologia degli interventi di cui trattasi. Tanto è vero che la stessa Consip, nella memoria presentata all'Autorità, ha precisato quanto segue: "*al momento della pubblicazione dei bandi di gara, la Consip, non conoscendo le amministrazioni che aderiranno alla convenzione, non può definire, con elevato grado di certezza, per quanto qui in contestazione, i singoli interventi di manutenzione straordinaria che potranno essere via via richiesti. A tacere che il servizio di cui si discute si connota del carattere dell'eccezionalità*".

Tale indeterminatezza risulta particolarmente rilevante in considerazione del fatto che dalla corretta esecuzione delle lavorazioni dipende anche il raggiungimento degli

obiettivi di risparmio energetico, che costituiscono da un lato, uno degli impegni negoziali dell'appaltatore e, dall'altro, sono oggetto di valutazione nell'ambito dell'offerta tecnica. A ciò si aggiunga che le predette lavorazioni sono remunerate da una quota parte del canone posto a base d'asta e l'oggetto di ribasso da parte dei singoli concorrenti, pertanto, l'esatta individuazione delle stesse assume rilievo anche sotto il profilo economico.

La seconda questione sottoposta all'esame dell'Autorità riguarda la legittimità del capitolato tecnico, nella parte in cui dispone l'applicazione di una penale per l'ipotesi del mancato raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico indicati dall'aggiudicatario in sede di offerta.

Indicazioni sulla determinazione di quest'ultima possono essere tratte dal D.P.R. n. 207/2010, che regola le penali da ritardo, commisurandole all'ammontare netto contrattuale e all'entità delle conseguenze legate all'eventuale ritardo dell'adempimento (art. 145, comma 3).

Nel caso di specie la penale in questione non sembra rispettare quest'ultimo vincolo, in quanto la stessa non è posta in relazione all'entità delle conseguenze del mancato raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico. La penale in esame, infatti, viene calcolata monetizzando i kwh del risparmio energetico dichiarato in sede di gara e non conseguito ad un prezzo per singolo kwh pari a sei volte il prezzo del kwh offerto in sede di gara. La somma così ottenuta, inoltre, è moltiplicata per tre, nel caso in cui il risparmio atteso non venga realizzato per due stagioni termiche o per due anni consecutivi, e viene moltiplicata per cinque, nel caso in cui l'appaltatore non raggiunga nessuno dei due obiettivi di risparmio energetico (termico ed elettrico) indicati in sede di offerta.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di richiamare l'attenzione di Consip S.p.A. in ordine alle considerazioni sopra svolte.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 dicembre 2012

Il Segretario Maria Esposito