



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 447 del 2014 proposto dalla ditta Fornasini Mauro, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Dani e presso lo stesso elettivamente domiciliata in Bologna, piazza Aldrovandi n. 3;

contro

l'Università degli Studi di Ferrara, in persona del Rettore p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bologna, domiciliataria *ex lege*;

nei confronti di

Cofely Italia S.p.A., in persona del procuratore Walter Calosso, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Merani, dall'avv. Antonella Borsero e dall'avv. Andrea Zanetti, e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Bologna, via Garibaldi n. 1;

per l'annullamento

del decreto direttoriale rep. 420-2014 prot. 9611 in data 8 aprile 2014 (comunicato alla ricorrente a mezzo di nota prot. n. 9758 del 9 aprile

2014), con cui – in esito a procedura aperta comunitaria – l’Università degli Studi di Ferrara ha aggiudicato alla società Cofely Italia S.p.A. il servizio di “*conduzione, gestione e miglioramento impiantistico degli impianti di riscaldamento e condizionamento*” dell’Ateneo;

di ogni ulteriore provvedimento antecedente e/o successivo anche non cognito;

.....*per la declaratoria*.....

dell’inefficacia del contratto d’appalto, se ed in quanto stipulato nelle more del giudizio, e del conseguente subentro della ricorrente;

.....*per la condanna*.....

dell’Amministrazione al risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Università degli Studi di Ferrara e di Cofely Italia S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale di Cofely Italia S.p.A.;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi, per le parti, alla pubblica udienza del 18 dicembre 2014 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

All’esito della gara, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dall’Università degli Studi di Ferrara per l’affidamento triennale del servizio di “*conduzione, gestione e miglioramento*

impiantistico degli impianti di riscaldamento e condizionamento” dell’Ateneo, l’appalto veniva aggiudicato alla società Cofely Italia S.p.A. (v. decreto direttoriale rep. 420-2014 prot. 9611 in data 8 aprile 2014, comunicato alla ricorrente a mezzo di nota prot. n. 9758 del 9 aprile 2014). La ditta ricorrente, classificatasi alla seconda posizione della graduatoria finale, ha impugnato *in parte qua* gli atti di gara, a suo dire inficiati da talune illegittime valutazioni effettuate dalla Commissione giudicatrice in sede di assegnazione dei punteggi relativi alle offerte tecniche.

Denuncia, innanzi tutto, l’ingiustificata attribuzione del medesimo giudizio (buono) alle proposte tecniche della ricorrente stessa e della ditta aggiudicataria nella parte riguardante il sottocriterio «telegestione», per non essersi tenuto conto che la prima aveva altresì configurato la possibilità di effettuazione del controllo della “documentazione cogente” (libretti di centrale ed impianto, libretti dell’impianto frigorifero, denunce dei consumi dei refrigeranti ad ISPRA, schemi elettrici) e che tale miglioria integrava una maggiore “*qualità delle soluzioni tecnologiche proposte*”, sì da richiedere un giudizio più favorevole rispetto all’altra offerta; lamenta, ancora, che per il sottocriterio «innovazione tecnologica: sostituzione totale degli impianti aeraulici di riscaldamento/raffrescamento delle aule E1/E2/E3 dei Nuovi Istituti Biologici» sia stato assegnato all’aggiudicataria un giudizio migliore (“molto buono” rispetto a “buono”), nonostante la stessa avesse formulato un’offerta tecnica con caratteristiche addirittura non rispondenti alle prescrizioni di gara (per avere proposto un “impianto di trattamento dell’aria” di portata

pari a 7.500 mc/h anziché pari a 13.500 mc/h) o comunque di qualità inferiore a quella dell'offerta della ricorrente (più apprezzabile non solo per la portata dell'impianto, ma anche per prevedere l'installazione di macchine certificate in classe A e non in classe F, oltre che per considerare un tempo di intervento per aula di 32 giorni lavorativi anziché di 35 giorni lavorativi); censura, infine, l'attribuzione del giudizio più favorevole all'offerta dell'aggiudicataria ("molto buono" rispetto a "sufficiente") relativamente al sottocriterio «organizzazione del servizio di reperibilità e di pronto intervento», malgrado quell'offerta prevedesse un servizio di pronto intervento – da assolvere entro trenta minuti dalla segnalazione – circoscritto all'orario di lavoro e non contemplasse invece un servizio esteso alle ventiquattro ore, con la conseguenza di inficiare la completezza stessa dell'offerta (a fronte delle prestazioni richieste dal capitolato) e in ogni caso di alterarne il punteggio assegnato, tenuto anche conto dell'ingiustificato meno positivo giudizio riferito all'offerta della ricorrente, che pure aveva proposto un servizio di pronto intervento esteso alle ventiquattro ore e aveva messo a disposizione, in comodato d'uso, un sistema di allerta (TL4) idoneo all'accertamento di eventuali guasti prima ancora della segnalazione da parte dell'Amministrazione. Di qui la richiesta di annullamento degli atti impugnati, di declaratoria dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato (con conseguente subentro della ricorrente) e di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio l'Università degli Studi di Ferrara, a

mezzo dell'Avvocatura dello Stato, e la società Cofely Italia S.p.A., opponendosi all'accoglimento del ricorso.

L'istanza cautelare della società ricorrente veniva respinta dalla Sezione alla Camera di Consiglio del 22 maggio 2014 (ord. n. 250/2014), ma poi accolta dal giudice d'appello (v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 4 agosto 2014 n. 3563/2014).

Con ricorso incidentale depositato in data 17 giugno 2014 la controinteressata ha in seguito impugnato la norma di capitolato che eventualmente imponesse, a pena di esclusione, un "impianto di trattamento dell'aria" di portata pari a 13.500 mc/h. Si deduce la non riconducibilità di una simile causa di esclusione a quelle considerate, in via tassativa, dall'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, e se ne assume in ogni caso l'illegittimità, illogicità e contraddittorietà sotto molteplici profili.

All'udienza del 18 dicembre 2014, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Il ricorso principale è infondato.

Quanto, innanzi tutto, alla dedotta mancata considerazione dell'ulteriore soluzione tecnologica proposta dalla ricorrente per la parte riguardante la «telegestione» (circa, in particolare, il controllo della "documentazione cogente", ovvero dei libretti di centrale ed impianto, dei libretti dell'impianto frigorifero, delle denunce dei consumi dei refrigeranti ad ISPRA, degli schemi elettrici) e alla conseguente lamentata assegnazione di un punteggio più basso rispetto a quello cui essa avrebbe avuto titolo, osserva il Collegio

come la valutazione operata dalla Commissione non si presenti in sé illogica o inficiata da travisamento di fatto. In realtà, per integrare la «telegestione» l'amministrazione a distanza di impianti complessi grazie all'impiego di apparecchiature tecnologiche che consentono l'effettuazione delle varie operazioni utili ad un corretto ed ottimale funzionamento degli impianti, la proposta di rendere "visionabili" – attraverso la digitalizzazione – i documenti cartacei relativi alle annotazioni periodiche richieste dalla legge, pur arricchendo le modalità di raccolta di date informazioni, non costituiva tuttavia una soluzione tecnologica attinente in senso proprio alla «telegestione», in quanto non incideva, neppure indirettamente, sulla funzionalità ed efficacia degli strumenti tecnici di governo a distanza dei macchinari da gestire. Correttamente, insomma, non se ne è desunta per questa parte la spettanza di un giudizio più favorevole.

Altro capo di doglianze investe il giudizio formulato dalla Commissione per il sottocriterio «innovazione tecnologica: sostituzione totale degli impianti aeraulici di riscaldamento/raffrescamento delle aule E1/E2/E3 dei Nuovi Istituti Biologici»; si assume, in particolare, che dovesse essere esclusa l'offerta dell'aggiudicataria per avere proposto un "impianto di trattamento dell'aria" di portata inferiore al limite minimo di 13.500 mc/h, e se ne denuncia in ogni caso l'ingiustificata superiore valutazione rispetto all'offerta della ricorrente, asseritamente migliore anche in relazione ad altri aspetti (classe energetica delle macchine, tempi di realizzazione dell'intervento). Sennonché, quanto

all'ipotizzata inammissibilità tecnica dell'offerta dell'aggiudicataria per l'insufficiente portata dell'impianto, l'assunto muove dalla considerazione che il capitolato prestazionale avesse fissato a tale fine un limite tassativo e inderogabile, da valere a pena di esclusione, e invece – ad avviso del Collegio – costituisce prova dell'insussistenza di una simile clausola escludente la circostanza che il disciplinare di gara [§ 7.5, lett. B)] prevedesse la sola attribuzione *in parte qua* di un punteggio pari a zero nel caso, ben più grave, di omessa elaborazione di una singola voce dei vari sottocriteri (e quindi di incompletezza del progetto tecnico), indice decisivo dell'ininfluenza di eventuali minori qualità della proposta sull'ammissibilità stessa dell'offerta, al più soggetta ad una corrispondente riduzione di punteggio in esito alla valutazione della Commissione di quanto effettivamente incidesse sul pregio dell'offerta (avuto riguardo alla tipologia di servizio da affidare e alle caratteristiche dello stesso) il parziale scostamento della proposta progettuale dai livelli standard fissati dal capitolato. Quanto, poi, alla dedotta erroneità del giudizio formulato dalla Commissione, occorre ricordare che, per costante giurisprudenza (v., tra le altre, TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 31 luglio 2014 n. 2056), nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione del valore tecnico dell'offerta richiede all'Amministrazione l'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, contraddistinta dalla prevalente applicazione di regole elastiche ed opinabili, non di scienze esatte che conducono ad un risultato certo ed univoco, con la conseguenza che si tratta di un

giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrarne la palese inattendibilità o manifesta insostenibilità, mentre la sussistenza di meri margini di naturale opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale della Commissione preclude al giudice amministrativo la sovrapposizione del proprio apprezzamento a quello del competente organo dell'Amministrazione: diversamente ritenendo, verrebbe sostituito un giudizio opinabile (quello della commissione giudicatrice) con uno altrettanto opinabile (quello del consulente o del giudice), così da assumere il giudice un potere che la legge riserva alla pubblica Amministrazione; ed allora, la circostanza che il sottocriterio in questione assegnasse rilievo a più profili (schema funzionale, dimensionamento di massima e relazione tecnico funzionale di ogni singolo impianto aeraulico; tempistica di realizzazione e unità impiegate; tipologia dei materiali impiegati; misure per ridurre il grado di difficoltà e invasività dell'intervento) fa sì che non si possa far derivare la palese insostenibilità del giudizio tecnico censurato dall'allegazione di solo alcuni degli aspetti considerati dalla Commissione e asseritamente indicativi di un ingiustificato minor punteggio conseguito dalla ricorrente, in quanto ciò imporrebbe al giudice di vagliare d'ufficio l'incidenza degli altri aspetti ai fini della valutazione complessiva del sottocriterio, quindi di formulare un giudizio opinabile che si sovrapporrebbe a quello della Commissione per giungere ad una sorta di "somma algebrica" del tutto e stabilire

infine se sia corretta o meno la valutazione superiore riferita *in parte qua* all'offerta dell'aggiudicataria.

Quanto, infine, al sottocriterio «organizzazione del servizio di reperibilità e di pronto intervento», la ricorrente si duole dell'indebito maggiore punteggio assegnato all'offerta dell'aggiudicataria, nonostante il servizio da questa proposto risultasse limitato all'orario di lavoro e non garantisse neppure i vantaggi del sistema di allerta TL4 (proposto dalla ricorrente stessa). In realtà – rileva il Collegio – l'offerta dell'aggiudicataria precisava che il “...*supporto organizzativo del servizio sarà affidato a due differenti strutture: * Call Center Cofely (attivo 24 ore su 24, 365 giorni/anno, accessibile con numero verde, fax e form Web del Sistema informativo) - per la ricezione e registrazione di tutte le richieste e segnalazioni notificate dai Responsabili Tecnici Universitari e suoi utenti autorizzati; * Centrale Operativa - per l'organizzazione e gestione degli interventi richiesti. Al di fuori degli orari di lavoro della Centrale Operativa, tutto il processo (attivazione personale e gestione emergenze) verrà svolto dal Call Center ai fini della continuità del servizio ...*” e specificava anche che “...*Relativamente alle tempistiche di intervento Cofely garantisce interventi in 30 minuti durante l'orario di lavoro (tempistica migliorativa rispetto a quella richiesta dal Capitolato pari a 60 minuti) ...*”; pertanto, non è esatto che il servizio di pronto intervento garantito dall'aggiudicataria si limitasse all'orario di lavoro, giacché per il periodo restante il Call Center veniva espressamente investito di quanto necessario in tema di “...*attivazione personale e gestione emergenze ... ai fini della continuità del servizio ...*”, mentre l'esplicito riferimento ai trenta minuti per gli interventi

durante l'orario di lavoro aveva il dichiarato scopo di offrire un servizio migliore rispetto ai tempi standard di capitolato, nell'evidente presupposto che il silenzio sui tempi di intervento nell'orario di reperibilità sottintendesse per questa parte l'adesione ai parametri temporali di capitolato. Si comprende, allora, come la valutazione superiore per l'offerta dell'aggiudicataria si giustificasse in particolare con il più breve tempo di intervento garantito durante l'orario di lavoro (rimanendo invece identico quello per il restante periodo), a fronte peraltro di un previsto continuo monitoraggio del corretto funzionamento degli impianti assicurato dall'accesso *web* della ditta ai sistemi di telecontrollo, e si fondasse verosimilmente anche su altri profili gestionali del servizio indicati nell'offerta, all'esito di un'autonoma valutazione della Commissione.

Il ricorso principale, in conclusione, va respinto. Ne consegue l'improcedibilità – per sopravvenuta carenza di interesse – del ricorso incidentale, formulato sul presupposto dell'eventuale sussistenza della clausola di automatica esclusione dalla gara per inosservanza del limite di portata degli “impianti di trattamento dell'aria”.

La particolarità delle questioni dedotte giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il

ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio del 18 dicembre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Carlo d'Alessandro, Presidente

Italo Caso, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)