



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 Toscana**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 572 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da CPL Concordia società cooperativa, rappresentata e difesa dagli avv. Amerigo Penta ed Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso il secondo in Firenze, piazza Isidoro del Lungo 1;

***contro***

Comune di Pistoia, costituito in giudizio in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Vito Papa, Federica Paci, Serena Andreini, con domicilio eletto presso lo studio Lessona in Firenze, via dei Rondinelli 2;

***nei confronti di***

Toscana Energia Green S.p.A., costituita in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv. Nicola Ceraolo, Alessandro Tozzi, Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Firenze, viale Spartaco

Lavagnini 41;

***per l'annullamento***

A) con l'atto introduttivo del giudizio:

- della comunicazione del 4.02.2011 (prot. n. 7815) con cui il Comune di Pistoia ha comunicato alla CPL Concordia soc. coop. l'esclusione dalla *"procedura aperta per l'affidamento del servizio energia e tecnologico per gli impianti di pertinenza del Comune di Pistoia per un periodo di cinque anni"*;
- del bando e del disciplinare di gara (segnatamente punto IV.2. del bando e art. 5.1 del disciplinare di gara) nella parte in cui disciplinano la procedura di aggiudicazione e prescrivono che *"saranno scartate, nel senso che non si procederà alla valutazione della corrispondente offerta economica, tutte quelle offerte che presenteranno delle valutazioni tecniche insufficienti, ovvero non raggiunga il minimo per ritenere l'offerta tecnica sufficiente di 45 punti"*;
- di ogni altro atto antecedente, connesso o, comunque consequenziale.

B) con i motivi aggiunti depositati in data 5 aprile 2011:

- del verbale n. 1 della seduta segreta del 13.10.2010 nel quale la commissione ha valutato l'offerta tecnica presentata dalla CPL Consordia soc. coop.;
- del verbale n. 7 della seduta segreta del 17.01.2011 nel quale la commissione ha assegnato i punteggi totali alle offerte tecniche ed ha proceduto a scartare la CPL e altre due imprese partecipanti avendo raggiunto un punteggio complessivo inferiore a 45;
- del prospetto relativo all'attribuzione dei punteggi parziali e totali

alla parte tecnica di tutte le offerte pervenute;

C) con i motivi aggiunti depositati in data 14 luglio 2011:

- della determinazione n. 1178 del 23.05.2011 con la quale la stazione appaltante ha approvato i verbali di gara ed aggiudicato provvisoriamente la gara alla Società Toscana Energia Green S.p.A.;

- della comunicazione di aggiudicazione provvisoria inviata con nota del 15.06.2011, prot. n. 36839;

- del verbale di gara n. 2 della seduta del 20.10.2010 durante la quale è stata esaminata l'offerta tecnica proposta dall'Ati capeggiata dalla Siram S.p.A.;

- del verbale di gara n. 3 della seduta del 21.10.2010 durante la quale è stata esaminata l'offerta tecnica proposta dall'Ati capeggiata dalla Estra Clima s.r.l. e dall'Ati capeggiata dalla Cofely Italia S.p.A.;

- del verbale di gara n. 4 della seduta del 27.10.2010 durante la quale è stata esaminata l'offerta tecnica proposta dall'Ati capeggiata dalla Manutencoop Facility Management S.p.A.;

- del verbale di gara n. 5 della seduta del 28.10.2010 durante la quale è stata esaminata l'offerta tecnica proposta dalla Toscana Energia Green S.p.a.;

- del verbale di gara n. 6 della seduta del 29.11.2010, e del prospetto allegato, durante la quale la Commissione ha attribuito parte dei punteggi tecnici;

- per quanto occorrer possa, dei verbali di gara del 30.06.2010, del 02.02.2011, del 28.03.2011 e del 18.04.2011;

- di ogni altro atto antecedente o, comunque consequenziale;

D) con i motivi aggiunti depositati in data 30 novembre 2011:

- della comunicazione di aggiudicazione definitiva del 26.10.2011 prot.n.64881 - ricevuta in data 28.10.2011 - disposta in favore della Toscana Energia Green Spa.:

- della determinazione n.2291 del 12.10.2011 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Toscana Energia Green Spa.;

- di ogni altro atto antecedente, connesso o, comunque consequenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pistoia e di Toscana Energia Green S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2012 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1) Con bando trasmesso il 26/4/2010 il Comune di Pistoia ha indetto una gara avente ad oggetto "*affidamento del servizio energia e tecnologico per gli impianti di pertinenza del Comune di Pistoia, per un periodo di cinque anni*" (ammontare presunto complessivo: € 9.646.000,00; criterio di aggiudicazione: all'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante attribuzione di max 65 punti all'offerta tecnica e di max 35 punti

all'offerta economica). In tema di valutazione dell'offerta tecnica il disciplinare di gara prevedeva al punto 5.1: "*saranno immediatamente scartate le offerte che presenteranno valutazioni tecniche con punteggio complessivo inferiore a 45 (non ritenute sufficienti). Pertanto per queste offerte non si procederà alla valutazione della corrispondente offerta economica*".

Alla gara ha partecipato anche CPL Concordia società cooperativa, che nella seduta della commissione giudicatrice svoltasi il 17/1/2011 (verbale n. 7) ha ottenuto, quanto alla valutazione dell'offerta tecnica, il peggior punteggio (punti 41) tra i 6 concorrenti e, non avendo raggiunto la soglia minima di 45 punti, non è stata ammessa alla fase successiva di valutazione dell'offerta economica; di tale esito il Comune di Pistoia ha informato la predetta società con comunicazione del 4/2/2011 n. 7815.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio CPL Concordia ha impugnato il provvedimento di esclusione e la presupposta disciplina di gara, formulando censure di violazione di legge ed eccesso di potere; tali censure sono state poi integrate con motivi aggiunti depositati il 5/4/2011, specificamente riferiti alla valutazione dell'offerta tecnica della ricorrente e alle modalità di attribuzione dei punteggi.

Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Comune di Pistoia.

Nella camera di consiglio del 20 aprile 2011 questo Tribunale, con ordinanza n. 466, ha respinto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati; con ordinanza n. 3004/2011 il Consiglio di Stato, sez. V, ha respinto l'appello contro la decisione di

primo grado.

2) Con atto depositato il 14/7/2011 CPL Concordia ha proposto nuovi motivi aggiunti contro i verbali di gara e l'aggiudicazione provvisoria della stessa alla società Toscana Energia Green s.p.a. (TEG)

Sia l'Amministrazione resistente, sia l'aggiudicataria provvisoria (a sua volta costituitasi in giudizio) si sono difese formulando eccezioni di inammissibilità e replicando nel merito.

Nella camera di consiglio del 27 luglio 2011 il TAR ha respinto, con ordinanza n. 793, la domanda cautelare presentata con i motivi aggiunti.

3) Con un ulteriore atto di motivi aggiunti depositato il 30/11/2011 la società ricorrente ha esteso l'impugnazione all'aggiudicazione definitiva della gara in favore di TEG, richiamandosi alle censure già dedotte con l'atto introduttivo del giudizio ed ai motivi aggiunti precedentemente proposti.

4) Tutte le parti hanno depositato memorie e repliche in vista dell'udienza del 18 aprile 2012, in cui la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1) Il ricorso e i motivi aggiunti successivamente proposti sono infondati nel merito e ciò esime il Collegio dal pronunciarsi sulle numerose eccezioni di inammissibilità formulate dalle controparti (salvo quanto si dirà al successivo punto 4).

2) Nell'atto introduttivo del giudizio la prima censura riguarda la pretesa illegittimità della clausola di sbarramento di cui al punto 5.1

del disciplinare di gara, che risulterebbe riferita ad un punteggio (45 su 65) troppo elevato e quindi eccessivamente penalizzante per l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione alla gara.

Secondo il Consiglio di Stato (sez. VI, 22 novembre 2006 n. 6835)

*"quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha il potere di dare importanza preminente al profilo tecnico - qualitativo rispetto a quello economico, e, in tal caso, non può essere tenuta ad aggiudicare l'appalto ad un'offerta che, ancorché conveniente sotto il profilo economico, non sia apprezzabile sotto il profilo tecnico. In tale logica, non si può escludere il potere della commissione di fissare una soglia di sbarramento, vale a dire un punteggio minimo che le offerte devono raggiungere per l'aspetto tecnico - qualitativo, al di sotto della quale le offerte non saranno valutate.*

*Invero, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non comporta che un'offerta qualitativamente scarsa debba essere comunque valutata sotto l'aspetto economico, trattandosi di aspetto rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, che ha facoltà di dosare gli elementi di scelta dell'offerta in relazione alle esigenze da soddisfare nel rispetto del principio della parità di trattamento.*

*Pertanto, la clausola di sbarramento non può ritenersi di per sé illegittima in quanto rientrante nell'esercizio di una facoltà discrezionale riconosciuta all'amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (C. Stato, sez. V, 3 marzo 2004, n. 1040) "*

Nel caso in esame la soglia di sbarramento fissata dalla stazione appaltante, seppur elevata, non risulta censurabile davanti a questo giudice in quanto non può dirsi manifestamente irragionevole, né

contrastante con le indicazioni contenute nell'art. 83 comma 2 del codice dei contratti pubblici; essa esprime infatti una precisa scelta volta a privilegiare offerte particolarmente apprezzabili sotto il profilo tecnico, ma non tale da pregiudicare una qualificata partecipazione (e infatti tre dei sei concorrenti hanno superato tale soglia). In linea con quanto ritenuto in sede cautelare sia da questo Tribunale, sia dal Consiglio di Stato, si deve dunque concludere per l'infondatezza del motivo.

3) La seconda censura formulata con l'atto introduttivo del giudizio - in cui si prospetta il difetto di motivazione dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica della ricorrente - va esaminata insieme ai motivi aggiunti depositati il 5/4/2011, con cui CPL Concordia deduce, in sintesi:

- che il disciplinare di gara, pur prevedendo criteri e subcriteri per l'attribuzione dei punteggi, nonché parametri generali di valutazione, *"non indicava per ognuno dei tre commissari dei parametri di valutazione specifici e idonei a delimitare il giudizio di ogni singolo commissario nell'ambito di un minimo ed un massimo"*; il che ha reso impossibile apprezzare il grado di preferenza espresso da ogni singolo commissario in ordine ai diversi subcriteri;
- che dal verbale n. 1 si evince che la commissione giudicatrice *"ha ritenuto di introdurre a posteriori dei nuovi parametri di valutazione (insufficiente, scarso, sufficiente, buono, ottimo) non previsti dal disciplinare di gara e non correlati ad alcun punteggio..."*;
- che in sostanza manca un'adeguata motivazione circa i punteggi



assegnati, che più volte non corrispondono ai giudizi sintetici espressi. Il disciplinare di gara (punto 5.1) prevedeva che la commissione giudicatrice procedesse alla valutazione delle offerte tecniche attribuendo punteggi relativamente a 5 criteri, distinti in 16 subcriteri; per ciascun criterio e subcriterio era prefissato il punteggio massimo attribuibile. Nulla era disposto in ordine alle valutazioni dei singoli commissari, per cui i punteggi attribuiti sono da riferire alla commissione complessivamente considerata e non ai suoi singoli componenti; in ciò non si ravvisa nessuna violazione di legge, né altri profili di illegittimità (come peraltro già rilevato dal TAR in sede cautelare).

Dalla documentazione acquisita al giudizio emerge poi che la commissione ha avviato i lavori nella seduta del 13/10/2010, in cui ha anche esaminato l'offerta tecnica della ricorrente (verbale n. 1); ha proseguito nell'esame delle offerte dei concorrenti nelle sedute del 20, 21, 27 e 28/10/2010 (verbali nn. 2-5); nelle sedute del 29/11/2010 e del 17/1/2011 (verbali nn. 6 e 7) ha proceduto all'analisi comparativa delle offerte e quindi all'elaborazione del prospetto relativo all'attribuzione dei punteggi. Dalla lettura dei verbali si comprende che la commissione ha esaminato singolarmente le offerte utilizzando aggettivi (ottimo, buono, ecc.) utili ad illustrare il grado di apprezzamento dei singoli aspetti delle offerte tecniche, in rapporto ai criteri e subcriteri predefiniti; l'uso di tali aggettivi, peraltro, non solo non ha comportato, come sostiene la ricorrente, l'introduzione "*a posteriori di nuovi parametri di valutazione*", ma non ha neppure sostituito i

punteggi, che sono stati infine assegnati dopo l'analisi comparativa delle offerte svoltesi a conclusione dei lavori. Le apparenti incongruenze sottolineate dalla ricorrente nel confronto tra i punteggi e gli aggettivi, riguardanti specifici profili, sono state rilevate per prima dalla stessa commissione giudicatrice che nel verbale n. 6 ha correttamente precisato: *"Dall'analisi comparativa delle offerte emerge che alcune di esse, esaminate singolarmente, sono state valutate con giudizi assonanti; a seguito di detta comparazione, i voti riportati nel prospetto potranno subire una gradazione risultando quindi diversi, a parità di giudizio"*. Ciò che conta è che vi sia sufficiente congruenza tra le valutazioni espresse con riferimento alle singole offerte (e, nello specifico, all'offerta di CPL) e i punteggi attribuiti; al riguardo - premesso che le valutazioni dell'organo tecnico sono sindacabili in sede giurisdizionale solo nei limiti in cui risultino palesemente irragionevoli o fondate su erronei presupposti - si osserva, con riferimento alle censure formulate nei motivi aggiunti depositati il 5/4/2011, che:

- il punteggio attribuito per il primo criterio (8/10) appare senz'altro in linea con le valutazioni espresse nel verbale del 13/10/2010 e, semmai, generoso con la ricorrente pur a fronte di talune insufficienze riscontrate;
- il punteggio attribuito per il secondo criterio (9/14) è congruo a fronte di valutazioni mediamente buone o sufficienti;
- il punteggio attribuito per il terzo criterio (7/12) sembra non perfettamente congruo rispetto alle valutazioni espresse dalla commissione, che evidenziavano profili carenti o scarsi; in sostanza

dunque l'incoerenza (almeno apparente) è a vantaggio e non in danno della ricorrente;

- il punteggio attribuito per il quarto criterio (15,5/26) appare adeguato alle valutazioni della commissione, che sottolineano, sotto diversi aspetti, carenze e incongruità dell'offerta di CPL;
- il punteggio attribuito per il quinto criterio (1,5/3) appare congruo, se non generoso, nei confronti di proposte giudicate limitate e non approfondite.

I motivi sinora esaminati risultano dunque tutti infondati.

4) Con i motivi aggiunti depositati il 14/7/2011 CPL Concordia ha poi dedotto:

- che dal confronto tra i punteggi attribuiti ai diversi concorrenti emergono profili di palese contraddittorietà e illogicità;
- che dai verbali di gara non si evince se la commissione giudicatrice abbia espresso le proprie valutazioni all'unanimità ovvero a maggioranza dei membri;
- che la specificazione introdotta dalla commissione nel verbale n. 1 relativamente alla modalità di valutazione del subcriterio 3b) costituisce una inammissibile integrazione *ex post* della disciplina di gara, in violazione dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici.

Anche queste censure non meritano accoglimento.

Per ciò che riguarda il primo profilo CPL si lamenta dell'incongruità dei punteggi attribuiti ad altri concorrenti, in quanto irragionevolmente migliori di quelli assegnati alla ricorrente stessa (o ad altri competitori). Il riferimento è, in particolare, ai punteggi

assegnati all'ATI SIRAM per il terzo e il quarto criterio, che in effetti appaiono non congrui rispetto alle valutazioni espresse dalla commissione; ciò non basta, tuttavia, per ritenere fondata la censura atteso che, al più, si dovrebbe ritenere illegittimo, perché eccessivo, il punteggio attribuito alla predetta ATI; mentre non risulta illegittimo quello attribuito alla ricorrente, in quanto coerente con le valutazioni espresse dall'organo tecnico nella seduta del 13/10/2010.

Né la normativa vigente in materia, né la specifica disciplina di gara imponevano alla commissione di precisare se le valutazioni e i punteggi erano stati attribuiti a maggioranza o all'unanimità; quindi anche la seconda censura è infondata.

L'ultima censura è invece inammissibile perché tardiva in quanto formulata con atto spedito per la notifica in data 8/7/2011, ma relativa al verbale n. 1, da tempo noto alla ricorrente e già impugnato con atto datato 31/3/2011.

5) L'infondatezza delle censure proposte con il ricorso originario e i successivi motivi aggiunti si riflette anche sull'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva della gara alla controinteressata TEG, di cui ai motivi aggiunti depositati il 30/11/2011, in cui si prospetta unicamente il vizio di illegittimità derivata.

6) In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti successivamente proposti vanno tutti respinti perché infondati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione

Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe e i motivi aggiunti successivamente proposti dalla parte ricorrente.

Condanna CPL Concordia società cooperativa al pagamento delle spese del giudizio in favore sia del Comune di Pistoia, sia della controinteressata Toscana Energia Green s.p.a. nella misura di € 8.000,00 (ottomila/00) oltre agli accessori di legge per ciascuna delle predette controparti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/05/2012

IL SEGRETARIO

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