

REPUBBLICA ITALIANA

N. 664 REG. SENT.

In nome del Popolo Italiano

ANNO 2004

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

N. 1793 REG. RIC.

PER LA TOSCANA

ANNO 2003

- II[^] SEZIONE -

ha pronunciato la seguente:

**Motivazione di cui al
dispositivo n. 2/2004**

S E N T E N Z A

sul ricorso n. **1793/2003** proposto dalla **SOC. CESARO MAC IMPORT S.R.L.**, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Pavanini e Domenico Iaria ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Firenze, via De' Rondinelli n. 2;

c o n t r o

-la **SOCIETA' A.I.S.A. AREZZO IMPIANTI SERVIZIO AMBIENTALE S.P.A.**, in persona del legale rappresentante p.t., costituitosi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Morbidelli, Alberto Bruni e Stefano Pasquini ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Luca Capecchi in Firenze, via Cavour n. 64;

e n e i c o n f r o n t i

-della **DITTA PIGOZZO P.I. FRANCESCO** in proprio e quale capogruppo del raggruppamento costituito con la **DITTA VECOPLAN MASCHINENFABRIK GMBH E CO. KG**, ricorrente in via incidentale, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Farnetani ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi in Firenze, via dei Conti n. 3;

PER L'ANNULLAMENTO

del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto concorso per la fornitura di apparecchiature elettromeccaniche di triturazione secondaria vagliatura e sistemi ausiliari di trasporto a nastro e a catena, per il potenziamento e l'adeguamento funzionale con recupero di C.D.R. dell'esistente linea di selezione dell'impianto di trattamento dei rifiuti solidi urbani in località San Zeno del comune di Arezzo, a valle del trituratore primario;

degli atti della procedura di gara ed in particolare del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice;

Visto il ricorso e la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio rispettivamente della stazione appaltante e del raggruppamento controinteressato, ricorrente in via incidentale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 13 gennaio 2004 - relatore il Consigliere Vincenzo Fiorentino - gli avv.ti D. Iaria, A. Pavanini, A. Bruni, S. Pasquini e R. Farnetani;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

Con bando pubblicato il 28 giugno 2003, la società A.I.S.A. S.p.a., azienda costituita dal comune di Arezzo per la gestione dei servizi di igiene urbana, raccolta e smaltimento rifiuti, indiceva gara con il sistema dell'appalto concorso di cui all'art. 9 comma 1, lett. c) del

D.lgs. n. 358/92, come modificato dal D.lgs. n. 402/98, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura e installazione in opera di apparecchiature elettromeccaniche di triturazione secondaria, vagliatura e sistemi ausiliari di trasporto a nastro e a catena, per il potenziamento e l'adeguamento funzionale con recupero di C.D.R. dell'esistente linea di selezione dell'impianto di trattamento dei rifiuti solidi urbani in località San Zeno, del suddetto comune, a valle del trituratore primario.

Delle quattro imprese che avevano chiesto di partecipare alla gara, venivano, con lettera n. 3841, del 21 giugno 2003, invitate a presentare offerta l'impresa Ditta Pigozzo Francesco – Vecoplan Maschinenfabrik GmbH e Co. Kg, e la ditta Cesaro Mac Import S.r.l..

Tali imprese formulavano l'offerta nel termine assegnato.

La ditta Cesaro Mac Import s.r.l. con nota del 17 luglio 2003, chiedeva alla stazione appaltante di conoscere la data in cui si sarebbe tenuta la seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti, le offerte, la documentazione amministrativa e la documentazione tecnica.

Con nota n. 4540, del 2 luglio 2003, la stazione appaltante, comunicava che, non essendo stata prevista nella lettera di invito l'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti la documentazione tecnica e l'offerta economica era stata disposto l'annullamento della stessa lettera d'invito e degli atti compiuti successivamente, per cui

venivano restituiti alle ditte offerenti i plichi presentati in sede di offerta.

Con la stessa nota veniva precisato che i plichi contenenti la documentazione amministrativa di gara erano stati aperti dalla Commissione giudicatrice e tutte le ditte offerenti erano state ammesse alla gara, mentre i plichi contenenti la documentazione tecnica erano stati aperti senza procedere al loro esame.

La stazione appaltante inviava, quindi, il 2 agosto 2003, alle ditte ammesse in fase di prequalificazione, una nuova lettera di invito, identica alla precedente sia per i criteri di selezione che per tutti gli altri elementi di gara.

Le ditte invitate presentavano la propria offerta.

In esito all'esame di tali offerte, veniva, come da verbale del 21 ottobre 2003, stilata la graduatoria finale, dalla quale risultavano attribuiti alla Pigozzo – Vecoplan complessivi punti 93,3 (dei quali 35,0 per il parametro prezzo, 31,8 per le caratteristiche progettuali e qualità di riferimento alla indicazioni del capitolato d'oneri, 26,1 per prestazioni e consumo energetico e 0,4 per il termine di consegna) laddove alla Cesaro Mac Import risultavano attribuiti complessivi punti 53,2 (dei quali 36 per il parametro prezzo, 7,3 per caratteristiche progettuali e qualità in riferimento alle indicazioni del capitolato d'oneri, 6,9 per prestazioni e consumo energetico e 3 per termine di consegna).

Con atto notificato il 29 ottobre 2003 e depositato il 3 novembre successivo la ditta Cesaro Mac Import S.r.l. adiva questo Tribunale al

fine di ottenere l'annullamento: a) del provvedimento di aggiudicazione della gara al raggruppamento controinteressato; b) degli atti della procedura ed in particolare del provvedimento con il quale era stato ammesso a tale procedura il raggruppamento controinteressato; c) del provvedimento di cui alla nota n. 4540, del 22 luglio 2003, con il quale era stata annullata la precedente procedura di gara di cui alla lettera di invito n. 3841, del 21 giugno 2003; d) del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice.

In particolare, con riferimento alla determinazione di cui alla nota n. 4540, del 22 luglio 2003, veniva dedotto il motivo dell'eccesso di potere per erroneità dei presupposti sul rilievo che la stazione appaltante si sarebbe dovuta limitare a fissare la data della seduta pubblica per l'apertura dei plichi.

Quanto all'attivazione del nuovo procedimento venivano dedotti i motivi della violazione dell'art. 21 del capitolato d'onori e dell'eccesso di potere per violazione del principio di segretezza delle offerte e di imparzialità della Commissione .

La stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla nomina di una nuova Commissione giudicatrice in quanto la seconda procedura si configurerebbe quale nuova gara, come comproverebbero l'invio di una nuova lettera di invito, la presentazione di nuove offerte e la restituzione dei plichi contenenti le offerte presentate nella prima gara. La necessità della nomina di una nuova Commissione deriverebbe inoltre dal fatto che la Commissione, nel primo procedimento aveva

già preso cognizione delle offerte tecniche presentate dalle ditte invitate.

Quanto all'immissione dell'offerta presentata dal raggruppamento Pigozzo – Vecoplan venivano dedotti i motivi della violazione degli artt. 20.2, 20.3 e 21 del capitolato d'oneri, e dell'eccesso di potere per difetto di presupposto, per violazione del principio di segretezza e di imparzialità e per sviamento.

La Commissione giudicatrice avrebbe dovuto, a norma dell'art. 21 del capitolato d'oneri, escludere dalla gara il raggruppamento Pigozzo – Vecoplan avendo rilevato che la documentazione tecnica da questo prodotta, in particolare la documentazione della società Vecoplan era priva del piano di costruzione e dei certificati di omologazione delle macchine, previsti rispettivamente dagli artt. 20.2.1 e 20.1.2 ultima parte, del citato capitolato.

La Commissione giudicatrice avrebbe, in violazione del già citato articolo 21 del capitolato d'oneri, rinviato l'accertamento dell'ammissibilità, sotto l'aspetto della completezza della documentazione, dell'offerta presentata dal raggruppamento controinteressato al momento della valutazione tecnica dell'offerta stessa.

Con decreto presidenziale n. 1079/2003, del 4 novembre 2003, veniva accolta l'istanza di misura cautelare provvisoria ex art. 3 della legge 205/2000, fissando per la Camera di Consiglio del 19 novembre 2003, la discussione collegiale della domanda cautelare.

Si costituiva in giudizio con atto depositato il 14 novembre 2003 la stazione appaltante che in via preliminare, eccepiva l'inammissibilità del ricorso, non potendo individuarsi una posizione di interesse, in relazione alla gara ed alla sua aggiudicazione, da parte della società Cesaro Mac Import, avendo questa offerto un "tritratore primario" laddove l'oggetto del bando di gara era costituito da un "tritratore secondario finitore"; mentre, nel merito, contestava la fondatezza della pretesa.

Con atto notificato l'11 novembre 2003 e depositato il 18 dello stesso mese la società Cesaro Mac Import S.r.l. proponeva motivi aggiunti di ricorso.

Con il primo di tali motivi veniva dedotta la violazione del bando di gara in relazione all'art. 11 lett. b), c), f) del D.Lgs. 358/1992, sul rilievo che in sede di prequalifica le dichiarazioni relative alla insussistenza di cause di esclusione dalla procedura non sarebbero riferite, rispettivamente, alle persone del titolare della impresa individuale Pigozzo e all'amministratore unico della società Vecoplan ma alle ditte.

Con il secondo motivo aggiunto veniva affermato che il titolare della ditta individuale Pigozzo sarebbe provo del requisito di cui all'art. 11 lett. f) D.Lgs. 358/1992 per aver reso in altra procedura di gara, false dichiarazioni.

Con il terzo motivo aggiunto veniva dedotto che la dichiarazione resa dall'amministratore della Vecoplan, a precisazione di quella precedentemente resa in ordine al possesso dei requisiti delle lett. b),

c), f) dell'art. 11 del D.Lgs. 358/1992, risulterebbe pur sempre non conforme al bando di gara atteso che, trattandosi di società in accomandita, di cui accomandataria sarebbe una società a responsabilità limitata, la dichiarazione in questione avrebbe dovuto essere resa da tutti gli amministratori di quest'ultima.

Con il quarto motivo aggiunto veniva lamentata l'ulteriore violazione dell'art. 11 del D.Lgs. 358/1992, sull'assunto che nella costituenda ATI, la ditta Pigozzo assumerebbe il ruolo di mandante e la società Vecoplan quello di mandataria, nonostante quest'ultima, secondo l'affermazione della società ricorrente, non fosse stata invitata a partecipare alla gara.

Con il quinto motivo aggiunto veniva affermata l'erroneità dei criteri seguiti per la determinazione e l'attribuzione dei punteggi.

Con atto notificato il 14 novembre 2003 e depositato il 17 dello stesso mese la ditta Pigozzo e la società Vecoplan impugnavano, con ricorso incidentale, gli atti di gara nella parte in cui tali atti non avevano escluso dalla procedura concorsuale la società Cesaro Mac Import S.r.l..

Assumevano in particolare le suddette imprese che tale società sarebbe dovuta essere esclusa avendo offerto un tritratore primario laddove il bando di gara, la lettera di invito ed il capitolato d'onere prevedevano quale oggetto della gara un tritratore secondario.

Sottolineavano, al riguardo, le società ricorrenti incidentali la contraddittorietà del comportamento della Commissione giudicatrice la quale, pur avendo rilevato, come da relativo verbale del 17 ottobre

2003, la “sostanziale inidoneità dell’offerta tecnica” della impresa Cesaro Mac Import, in quanto “non corrispondente alle finalità dell’appalto sulla base costituita dal capitolato d’oneri” avesse, tuttavia, ammesso a valutazione la stessa offerta, mediante l’attribuzione di un punteggio.

Veniva sostenuto con il ricorso incidentale che l’offerta della società Cesaro sarebbe dovuta essere esclusa anche perchè priva del disegno esecutivo della tramoggia di carico del trituratore secondario; disegno che il capitolato d’oneri all’art. 10.8 espressamente prevedeva che facesse parte dell’offerta.

Veniva infine affermato che la società Cesaro avesse “reso una falsa dichiarazione di possesso di requisiti” avendo dichiarato di aver fornito in opera alcuni trituratori Doppstadt, per conto di vari committenti, tra cui Tecno Ambiente S.r.l., laddove la suddetta fornitura non sarebbe stata effettuata dalla società Cesaro, ma da altra impresa, ed avrebbe avuto ad oggetto non un trituratore Doppstadt bensì un trituratore “BANO”, che sarebbe altra macchina.

Con atto notificato il 25 novembre 2003 e depositato il 29 dello stesso mese, la società Cesaro deduceva ulteriori censure.

In particolare tale società, dopo aver premesso che la Commissione giudicatrice stabilendo, come da relativo verbale del 4 settembre 2003, in sede di ripartizione del punteggio, di attribuire 33 punti per le caratteristiche progettuali e 28 punti per le prestazioni e consumo energetico, riservando 36 punti alla valutazione del prezzo e 3 punti ai termini di consegna avrebbe sovvertito l’ordine delle valutazioni

presupposto nel bando, operando inoltre senza una preventiva fissazione di criteri oggettivi, riservandosi in tal modo uno spazio di valutazione arbitraria incompatibile con la necessaria correlazione tra effettive caratteristiche delle offerte, sosteneva sostanzialmente che le valutazioni effettuate dalla Commissione , in sede di concreta attribuzione delle due categorie del punteggio tecnico, non sarebbero state sorrette da adeguata istruttoria, ma anzi affette da palesi errori di fatto.

Nella Camera di Consiglio, del 2 dicembre 2003, come da ordinanza n. 1231/2003, veniva accolta la domanda cautelare proposta con fissazione al 13 gennaio 2004, dell'udienza di merito.

Le parti producevano ulteriori memorie, in particolare, la stazione appaltante, con atto depositato il 24 dicembre 2004, deduceva anch'essa l'inammissibilità del ricorso principale sul rilievo della assoluta inidoneità, sul piano tecnico, dell'offerta presentata dalla società Cesaro Mac Import.

All'udienza del 13 gennaio 2004, la causa veniva trattenuta per la decisione.

DIRITTO

La proposizione del ricorso incidentale da parte della ditta Pigozzo Francesco e della società Vecoplan Maschinenfabrik GmbH, determinando l'ampliamento del giudizio, impone, in via preliminare, di individuare il rapporto di priorità logica nell'ordine di decisione della controversia stessa tra le questioni prospettate dalle parti.

Come noto la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che le questioni

dedotte con il ricorso incidentale debbano essere decise con precedenza sulle questioni sollevate con il ricorso principale, qualora dalla definizione delle prime possano discendere soluzioni ostantive e preclusive delle ragioni dedotte con il ricorso principale (cfr. C.S.I. 15 maggio 2001 n. 204 e 1 febbraio 2001 n. 46; Cons. st. V^a sez. 24 novembre 1997 e VI^a sez. 6 marzo 1992 n. 159). E' stato, quindi, affermato dalla suindicata giurisprudenza che nei casi in cui con il ricorso incidentale, venga dedotta l'illegittimità di atti della stazione appaltante nella parte in cui tali atti non hanno disposto l'esclusione dalla gara di impresa ricorrente principale, il ricorso incidentale deve essere prioritariamente esaminato in quanto il suo eventuale accoglimento determinerebbe l'inammissibilità del ricorso principale riverberandosi sulla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio e sull'esistenza dell'interesse a ricorrere, facendo in tal modo venire meno le condizioni soggettive dell'azione. Infatti, l'esclusione degraderebbe l'interesse a contrastare i risultati della gara dedotta dalla parte ricorrente in via principale da interesse legittimo ad interesse di mero fatto indifferenziato rispetto a quello della generalità dei consociati e, pertanto, non tutelabile in sede giurisdizionale.

Di contro, nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, con il ricorso principale vengono censurati atti adottati nelle fasi della procedura di gara che precedono quella relativa alla valutazione delle offerte, è indubbio che tali censure debbano essere esaminate prioritativamente atteso che il loro eventuale accoglimento comporterebbe l'annullamento di atti la cui caducazione coinvolgerebbe quelli

successivi della procedura, rendendo, pertanto, inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso incidentale.

Tali considerazioni impongono al Collegio di esaminare in via prioritaria il ricorso principale ed, in particolare, il motivo con il quale la società Cesaro Mac Import sostiene che la stazione appaltante, in sede di rinnovazione degli atti di gara, rinnovazione attivata – dopo che era stata ritirata la lettera di invito n. 3841, del 21 giugno 2003, in quanto nella stessa non era stato previsto che l'apertura delle buste contenenti le offerte, la documentazione amministrativa e la documentazione tecnica, avvenisse in seduta pubblica – con l'invio della nuova lettera n. 4778, del 2 agosto 2003, con la quale le imprese prequalificate erano state invitate a presentare la propria offerta, entro il 22 dello stesso mese, avrebbe poi dovuto procedere, a garanzia del principio di segretezza, alla nomina di una nuova Commissione giudicatrice, atteso che l'attuale, avendo già aperto nella seduta del 16 luglio 2003, i plichi contenenti le offerte, ne conosceva il contenuto, a nulla rilevando, sempre secondo la prospettazione della società ricorrente che le stesse non fossero state valutate ed i plichi, dopo essere stati sigillati, fossero stati restituiti alle ditte offerenti.

Il motivo è fondato.

Vero è che la Commissione giudicatrice nominata dalla stazione appaltante con provvedimento del proprio Direttore Generale n. 5042, in data 25 agosto 2003, ha assunto una composizione diversa da quella precedente in quanto, avendo sia l'ing. Mario Lasagni che l'ing. Guido Isola “dichiarato di non poter più proseguire nell'incarico per

sopravvenuti impegni”, costoro sono stati sostituiti rispettivamente dall’ing. Giuseppe Fattore e dall’ing. Giuseppe Sorace, ma è altrettanto vero che la persona del presidente della Commissione, che, peraltro, è lo stesso Direttore Generale, è rimasta immutata.

Considerato che questi, come delineato in fatto, conosceva le offerte già presentate dalle ditte prequalificate, e che avendo la procedura concorsuale per cui è causa ad oggetto la fornitura in opera, da effettuare secondo la previsione del bando entro “75 giorni naturali e consecutivi decorrenti dalla data di ricevimento della comunicazione di aggiudicazione”, di “apparecchiature elettromeccaniche di triturazione secondaria, vagliatura e sistemi ausiliari di trasporto a nastro e a catena per il potenziamento con recupero di CDR, di impianto di trattamento di rifiuti solidi urbani” di non immediata reperibilità, risultava assai probabile, dato che la nuova lettera di invito, del 2 agosto 2003, fissava in soli venti giorni la presentazione delle offerte, che venissero formulate offerte già conosciute.

Ciò è, del resto, avvenuto nel caso di specie, come risulta dal verbale del 4 settembre 2003, laddove, alla pag. 5, viene riportata la contestazione del rappresentante della società ricorrente sulla “regolarità della documentazione tecnica della ditta Pigozzo Francesco in quanto alcuni di questi documenti sono gli stessi già prodotti nella precedente fase di gara annullata”; contestazione respinta dalla Commissione che non ha ravvisato “alcuna irregolarità in detta circostanza”; reiezione che, tuttavia, rende pacifica l’esistenza di elementi di identità tra la prima e la seconda offerta.

Ed è da rilevare che l'affermazione contenuta nell'atto introduttivo di giudizio sul fatto che "le tavole relative ai disegni tecnici presentati dal raggruppamento Pigozzo – Vecoplan recavano le sigle dei commissari che le avevano viste in occasione della precedente apertura delle buste" non è stata contestata nè dalla difesa della stazione appaltante nè da quella del raggruppamento controinteressato.

Dovendosi, quindi, nel caso di specie, ritenere violato il principio, della segretezza delle offerte posto a garanzia della "par condicio" tra i concorrenti, il motivo esaminato va accolto con conseguente annullamento del provvedimento, n. 5042, del 25 agosto 2003, di nomina della Commissione. L'illegittimità del provvedimento si ripercuote, inficiandoli in via derivata, sugli atti adottati dalla Commissione e su quelli che in tali atti hanno trovato il proprio presupposto, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione della gara al raggruppamento controinteressato.

Concludendo il ricorso principale va accolto con conseguente annullamento degli atti di gara e declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale.

Le spese ed onorari di causa, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione II^a, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto, annulla gli atti di gara;

dichiara inammissibile il ricorso incidentale;

condanna la stazione appaltante nonchè la parte controinteressata al pagamento delle spese ed onorari di causa liquidati in complessivi €. 4000,00 (quattromila).

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

Così deciso in Firenze, il 13 gennaio 2004, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

| | |
|----------------------------|--------------------------|
| Dott. GIUSEPPE PETRUZZELLI | - Presidente |
| Dott. MAURIZIO NICOLSI | - Consigliere |
| Dott. VINCENZO FIORENTINO | - Consigliere, rel. est. |

F.to Giuseppe Petruzzelli

F.to Vincenzo Fiorentino

F.to Silvana Nannucci - Collaboratore di Cancelleria

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 3 MARZO 2004

Firenze, li 3 marzo 2004

Il Collaboratore di Cancelleria

F.to Giuseppe Petruzzelli

a.g.