

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

N. 61/2009 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 267/2008 Reg. Ric.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

sentenza

Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano

depositata

costituito dai magistrati:

19.2.2009

Marina ROSSI DORDI

- Presidente

Hugo DEMATTIO

- Consigliere relatore

Luigi MOSNA

- Consigliere

Margit FALK EBNER

- Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso iscritto al n. **267** del registro ricorsi **2008**

presentato da

ALPENBAU S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. Sig. Georg Niederkofler, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Gentile e Varlaro Sinisi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Graziella Cossu in Bolzano, via Rosmini n. 79, giusta mandato speciale a margine del ricorso,

- ricorrente -

c o n t r o

PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO, in persona del Presidente della Giunta provinciale pro tempore, che sta in giudizio in forza della deliberazione della Giunta provinciale n. 4691 dd. 20.12.2004, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Larcher, Renate von Guggenberg, Alexandra Roilo e Patrizia Pignatta, con elezione di domicilio presso l'Avvocatura della Provincia in Bolzano, Via Crispi 3, giusta delega a margine dell'atto di

costituzione,

- resistente -

e nei confronti della

UNIONBAU S.r.l., in persona del suo legale rappresentante Signor Ausserhofer Siegfried, rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Montoneri e Luciano Andrea Miori, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Bolzano, via D. D'Aosta n. 51, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

- controinteressata -

per l'annullamento

1. del *“Verbale di procedura aperta”* in data 26 agosto 2008 racc. n. 137 predisposto dalla Commissione di gara nominata dalla Provincia Autonoma di Bolzano ai fini dell'affidamento *“dell'appalto dei lavori per la protezione da caduta massi lungo la SP 48 da Km 7 + 430 a Km 7 + 750, nella parte in cui “La commissione esclude la ditta ALPENBAU GmbH – Terenten (BZ) dalla gara per i motivi indicati nel verbale della commissione tecnica dd. 5.8.2008”*;

2. del verbale della Commissione Tecnica per la valutazione tecnico-qualitativa delle offerte - nominata della Provincia Autonoma di Bolzano - di cui alla nota in data 5.8.2008 prot. n. 11.5/417576, ed in particolare del Verbale n. 3.

In via subordinata, e per quanto occorrer possa, 3. del *“Fascicolo valutazione della qualità”*, nella parte in cui limita, a pena di esclusione, la partecipazione alla gara ai soli concorrenti che, relativamente alla barriera paramassi certificata per un assorbimento di energia di 3.000 Fj. abbiano i seguenti requisiti: a) *“Energia minima di assorbimento 3.000 kj, certificata secondo normativa EOTA 027”*; b) *“Altezza residua della rete dopo*

l'impatto di prova, misura perpendicolarmente al piano di posa di almeno il 60 % dell'altezza iniziale”;

e per il risarcimento dei danni.

Visto il ricorso notificato il 24.9.2008 e depositato in segreteria il 24.9.2008 con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Bolzano dd. 25.9.2008 e della Unionbau S.r.l. dd. 24.11.2008;

Vista l'ordinanza n. 211 dd. 7.10.2008 di questo Tribunale con la quale è stata respinta la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Viste le memorie prodotte;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 14.1.2009 il consigliere Hugo Demattio ed ivi sentito l'avv. G. Cossù in sostituzione dell'avv. A. Varlaro Sinisi per la ricorrente, l'avv. M. Larcher per la Provincia autonoma di Bolzano e l'avv. C. Baumgartner in sostituzione dell'avv. L. A. Miori per la Unionbau S.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

È impugnato il verbale di procedura aperta del 26 agosto 2008, come meglio descritto in epigrafe, nella parte in cui la ditta odierna ricorrente è stata esclusa dalla gara per i motivi indicati nel verbale della commissione tecnica del 5 agosto 2008 impugnato assieme a detto verbale.

In subordine è impugnato “il fascicolo valutazione della qualità” nella parte in cui limita la partecipazione alla gara ai soli concorrenti che offrono la

barriera paramassi con i requisiti ivi descritti.

Sono dedotti i seguenti motivi di impugnazione:

1) Violazione di legge. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e dell'art. 7, comma 1 della L.P. n. 17/1993. Eccesso di potere per difetto di adeguata motivazione. Eccesso di potere per carenza nei presupposti di fatto e di diritto. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, del principio di buon andamento dell'attività della Pubblica Amministrazione.

2) Violazione di legge. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Eccesso di potere per violazione della par condicio. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, del principio di buon andamento dell'attività della Pubblica Amministrazione (mezzo subordinato).

3) Violazione di legge. Violazione dell'art. 68 del D.lgs. 163/2006 e dell'art. 23 della direttiva 2004/18/CEE; violazione dell'art. 15 del D.P.P. n.41/2001; violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Illogicità dei criteri richiesti dalla lex specialis. Violazione dei principi generali in materia di gare e procedure ad evidenza pubblica. Violazione del principio della par condicio dei concorrenti (mezzo ulteriormente subordinato).

Si chiede inoltre il risarcimento dei danni ex art. 7 l. n. 1034/1971.

Si sono costituiti la Provincia autonoma di Bolzano e la controinteressata Unionbau s.r.l. ed hanno chiesto il rigetto del ricorso siccome infondato.

All'udienza del 14 gennaio 2009 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

In data 16 gennaio 2009 il dispositivo della sentenza è stato depositato presso la Segreteria di questo Tribunale ai sensi dell'art. 23bis della legge n. 1034/1971.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Va premesso - per quanto rilevante per la decisione - che in data 30 giugno 2008 la Provincia autonoma di Bolzano ha indetto una procedura aperta per l'appalto dei lavori per la protezione da cadute massi lungo la strada provinciale n. 48 per la località Riva di Tures.

L'appalto, al prezzo base di gara di 1.712.998,43 Euro, doveva essere aggiudicato in base all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Era prevista, tra l'altro, la fornitura e posa di barriere paramassi certificate per un assorbimento minimo di energia di 3.000 kj.

La commissione di gara, preso atto che cinque ditte (compresa la ditta oggi ricorrente) avevano presentato un'offerta e verificata la completezza della documentazione amministrativa ai fini dell'ammissione alla gara, disponeva la trasmissione della documentazione tecnica alla commissione tecnica all'uopo nominata, la quale, nella riunione del 5 agosto 2008, procedendo, tra l'altro, ad un sommario esame della documentazione tecnica prodotta dalle ditte offerenti, constatava che quella fornita dall'odierna ricorrente non era conforme a quanto stabilito dal fascicolo qualità per quanto riguardava le barriere paramassi.

Proponeva quindi (alla commissione di gara) l'esclusione della ditta dalla procedura di gara.

La commissione di gara, quindi, nella riunione del 26 agosto 2008, ha deciso di escludere l'odierna ricorrente dalla gara per i motivi di cui al verbale della commissione tecnica del 5 agosto 2008.

Orbene, oggetto dei due primi motivi di impugnazione sono gli appena

descritti atti di gara.

Con il primo motivo il ricorrente, in via principale, lamenta difetto di motivazione sotto il profilo della violazione di legge e del eccesso di potere, carenza nei presupposti di fatto e di diritto e violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.).

Il motivo non è fondato.

Il provvedimento di esclusione dalla gara è motivato *per relationem* al verbale della commissione tecnica di data 5 agosto 2008 in atti, che testualmente recita: *“Dopo consultazione con l’Ufficio Appalti la commissione ha deciso che la documentazione tecnica della ditta Alpenbau non è conforme a quanto previsto dal fascicolo qualità per quello che riguarda le barriere paramassi. Quindi la commissione non procede alla valutazione tecnica dell’offerta della ditta Alpenbau e propone l’esclusione dalla gara della stessa.”*

Ritiene il Collegio che detta motivazione, seppure laconica e concisa, non possa essere valutata insufficiente e non adeguata, attesa la funzione della motivazione che è quella di permettere all’interessato di ricostruire l’iter logico della determinazione dell’Amministrazione, consentendogli di fare valere nelle opportune sedi le proprie ragioni, e considerato che l’obbligo di motivazione va inteso senza inutili e fuorvianti formalismi in quanto il requisito essenziale della motivazione è costituito per l’appunto dalla possibilità che essa renda immediatamente rilevabili e comprensibili le ragioni sottese all’operato dell’Amministrazione, tenuto conto, in concreto, della natura del procedimento cui il provvedimento inerisce (nella specie, gara di appalto, caratterizzata da un dialogo prettamente tecnico tra gli

offerenti e l'autorità di gara), nel quale dette ragioni possono risultare o comunque essere rese plausibili, anche dalla lettura degli atti afferenti allo stesso procedimento (cfr. sentenza di questo Tribunale n. 260/2007 con la giurisprudenza ivi richiamata).

Orbene, nella specie i requisiti essenziali nel fascicolo valutazione della qualità (definiti vincolanti con l'obbligo di rispetto dei valori numerici minimi o massimi, a pena di esclusione) relativamente alla *barriera paramassi certificata per un assorbimento minimo di energia di 3000 kJ* sono descritti nella scheda pos. N. 86.20.02.94, compilata dall'offerente Alpenbau (allegato n. 6 fascicolo della Provincia), laddove, nel quadretto "caratteristica offerta dalla ditta", di fronte al quadretto "requisiti essenziali" *altezza residua della rete dopo l'impatto di prova, misurata perpendicolarmente al piano di posa di almeno il 60% dell'altezza iniziale*, la ricorrente indica un'altezza residua del 53 %, precisando, in fondo alla scheda, che tale prodotto è concepito secondo la direttiva svizzera BAFU (ex BUWAL) e certificato e omologato dall'autorità svizzera.

Dal momento che – come la stessa ricorrente si rende conto nel ricorso - nessuna contestazione poteva sorgere in ordine ai due altri requisiti essenziali descritti nella scheda (assorbimento di 3000 kJ già indicato nel titolo della scheda e corsa massima di frenata, indicata dalla offerente in m 6,6 di fronte al limite massimo di 12 m) la intesa (da parte della commissione tecnica) non conformità *a quanto previsto dal fascicolo qualità* per quello che riguarda le barriere paramassi non poteva che riguardare il requisito dell'altezza residua delle stesse.

Tanto è vero che la ricorrente, pur esordendo nella sua difesa con

l'affermazione che la “genericità e laconicità della motivazione” del provvedimento di esclusione non gli consentirebbe di formulare qualsiasi difesa al riguardo, nelle successive pagine del ricorso (secondo e terzo motivo) – smentendo se stessa - entra diffusamente nella problematica della altezza residua della rete paramassi.

Con il secondo motivo la ricorrente afferma che l'altezza residua del 53% corrisponderebbe ai parametri stabiliti dalla norme tecniche europee di riferimento, per cui (terzo motivo) il fascicolo valutazione della qualità *in parte qua* sarebbe illegittimo, anche perché non ammette l'offerta di prodotti con caratteristiche equivalenti e perché sul mercato dei potenziali fornitori esisterebbe un solo produttore di barriere paramassi in grado di fornire un prodotto con altezza residua di almeno il 60% (tutti gli altri produttori di barriera paramassi con energia di assorbimento pari a 3.000 kJ assicurerebbero un'altezza residua della rete dopo l'impatto di prova, maggiore del 50%, ma inferiore al 60%).

A parte l'obbligatorietà delle prescrizioni della *lex specialis* e la discrezionalità dell'Amministrazione di richiedere prodotti con determinati requisiti anche più severi, per maggiori esigenze di sicurezza, di quelli previsti dalla normativa di riferimento (per quanto riguarda il secondo motivo) la ricorrente appare smentita in punto di fatto dalla documentazione prodotta dalla controinteressata il 23.12.2008, laddove p.es. in una gara d'appalto del Comune di Fossa è richiesta un'altezza residua minima della barriera paramassi del 75%, per lavori per la messa in sicurezza dell' ANAS un'altezza residua minima del 60% (definita “discreta”) e per opere di sicurezza della SP. 76 del Comune di Nova Ponente un'altezza residuale

pari a due terzi di quella iniziale.

Conclusivamente, quindi, il ricorso dev'essere rigettato.

La stessa sorte segue la domanda di risarcimento.

Le spese liquidate nel dispositivo seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione Autonoma di Bolzano -, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, **rigetta** il ricorso e la domanda di risarcimento danni.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese, liquidate in Euro 5.000,00 (cinquemila) in favore della Provincia autonoma di Bolzano e in Euro 2.000,00 (duemila) in favore della controinteressata, oltre ad IVA e CAP come per legge.

Il contributo unificato resta a carico della ricorrente.

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

Così deciso in Bolzano, nella camera di consiglio del 14.1.2009.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Marina ROSSI DORDI

Hugo DEMATTIO

/br/mg