



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1858 del 2010, proposto da:
Aboneco S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Pietro Ferraris, Enzo
Robaldo e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso il
secondo in Milano, Via Pietro Mascagni, 24

contro

Società Per Azioni Esercizi Aeroportuali S.E.A., rappresentata e
difesa dall'avv. Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso
il suo studio in Milano, Via Mose' Bianchi,71

nei confronti di

Ecol Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Franco
Ferrari e Max Diego Benedetti, con domicilio eletto presso il primo in
Milano, Via Larga, 23;

Ecologia Pienontese S.r.l., General Fusti S.r.l.;

Lavajet S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Umberto Grella, con

domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Cesare Battisti, 21

per l'annullamento

-del provvedimento con cui la SEA ha aggiudicato in via definitiva ad Ecol Service S.r.l. la procedura negoziata per l'affidamento del servizio di manutenzione e prevenzione dell'inquinamento presso gli aeroporti di Linate e Milano Malpensa;

-della comunicazione datata 28.07.2010, di intervenuta aggiudicazione ad Ecol Service S.r.l.;

-del bando di gara con cui SEA ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di manutenzione e prevenzione dell'inquinamento presso gli aeroporti di Linate e Milano Malpensa, e di tutti gli atti, documenti e allegati costituenti la *lex specialis*, con particolare riferimento al capitolato tecnico e alla lettera di invito;

-dei verbali di gara;

-nonché di ogni altro atto, conseguente e presupposto od attuativo, ivi compreso il contratto;

-nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato

- per la condanna al risarcimento del danno ingiusto attraverso al reintegrazione in forma specifica e in subordine per equivalente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Per Azioni Esercizi Aeroportuali S.E.A. e di Ecol Service S.r.l. e di Lavajet S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2011 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La soc. SEA ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di manutenzione e prevenzione dell'inquinamento presso gli aeroporti di Linate e Milano Malpensa, per un importo a base d'asta di € 1.565.080,00, per una durata di tre anni, con possibilità di proroga per un ulteriore anno, con il criterio del prezzo più basso.

In data 9.2.2010, in seduta pubblica, sono stati aperti i plichi contenenti le domande di partecipazione pervenute, con verifica della regolarità delle dichiarazioni sostitutive presentate dai concorrenti.

In data 4.6.2010, in seduta pubblica, i preposti hanno provveduto ad aprire i suddetti plichi per l'esame del contenuto della busta n. 1, ma non aprendo la busta n. 2, contenete le offerte economiche.

In data 14.6.2010, in seduta riservata, la commissione ha aperto le buste n. 2.

La stazione appaltante ha successivamente assegnato ai concorrenti il termine del 13.7.2010, onde presentare ulteriori offerte migliorative.

In data 14.7.2010, in seduta riservata, si è proceduto alla valutazione delle predette offerte migliorative, all'esito della quale l'attuale ricorrente si è graduata al quarto posto.

1) Con il primo motivo di ricorso quest'ultima ha contestato sotto più profili l'operato della stazione appaltante, che avrebbe dovuto escludere per anomalia dell'offerta le prime tre classificate.

1.1) In particolare, la stazione appaltante non avrebbe chiarito le ragioni per le quali aveva considerato congrue le predette offerte.

1.2) Inoltre, dopo aver richiesto giustificazioni scritte, invece di approfondire sempre per iscritto la verifica, ha contraddittoriamente disposto un'audizione orale, in seduta riservata, dei singoli concorrenti, mentre l'art. 88 del D.Lgs. n. 163/06 prevedrebbe che tale audizione orale avvenga solo in ultima battuta.

1.3) Le giustificazioni verbali fornite dai concorrenti sarebbero, inoltre, del tutto apodittiche e prive di riscontro documentale.

1.4) La ricorrente contesta, altresì, la verifica di anomalia condotta nei confronti delle imprese che la precedono in graduatoria e, per quanto riguarda l'offerta della prima classificata Ecol, sono stati dedotti i seguenti vizi:

1.4.1) avrebbe modificato in tale fase la propria offerta, passata da € 1.716.038 a € 1.747.210;

1.4.2) non avrebbe prodotto il certificato della Camera di Commercio volto a comprovare che essa opera nel settore oggetto dell'affidamento ed è iscritta per categoria di attività pertinente all'oggetto della gara. L'iscrizione era richiesta dal bando come condizione di partecipazione;

1.4.3) mancherebbero le carte di circolazione comprovanti il possesso di tre autobotti spurgo dalle quali risulti che i medesimi sono stati

autorizzati al trasporto di rifiuti pericolosi;

1.4.4) gli automezzi avrebbero una capacità inferiore a quella prescritta dal capitolato. Dovendo acquistare o noleggiare automezzi per l'intero periodo di durata dell'appalto, i costi aumenterebbero esponenzialmente;

1.4.5) le copie delle autorizzazioni dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali prot. n. 18236/2008 del 5.5.2008 e prot. n. MI036713/2006 del 17.10.2006 prodotte in gara non comproverebbero l'iscrizione dei mezzi sopra riportati. Inoltre, mentre nel capitolato tecnico si prevede che "l'appaltatore si dovrà avvalere nell'espletamento del servizio di personale specializzato, titolare di patente ADR", dalle carte di circolazione prodotte non sarebbe indicata alcuna classe AD, per cui i mezzi non sarebbero idonei al trasporto. L'appaltatore non avrebbe, inoltre, dimostrato di disporre di personale specializzato titolare della patente ADR.;

1.4.6) non avrebbe prodotto la carta di circolazione di una spazzatrice stradale (tg DM 347 RZ) non idonea per le attività di spurgo richieste da Sea, né per le attività del Piazzale Aeromobili o dell'Hangar Breda presso l'aeroporto di Linate;

1.4.7) la commissione avrebbe errato nell'accettare una generica giustificazione riferita alla Ditta Venanzieffe S.r.l., concernente lo smaltimento di determinati rifiuti CER, nella quale la stessa si impegna a praticare prezzi inferiori agli attuali, in considerazione dei rapporti commerciale in essere, senza tuttavia produrre documentazione o specificare quali siano i detti prezzi;

1.4.8) non avrebbe comprovato la quotazione competitiva dei materiali oleoassorbenti, essendosi limitata a produrre documentazione nella quale non vi sono riferimenti economici al costo dei materiali;

1.4.9) avrebbe prodotto fatture e ordini di lavoro effettuati alla società Sicurezza ed Ambiente S.r.l., dai quali si evincerebbe che il prezzo dello smaltimento delle emulsioni oleose CER 12.03.01 è di Euro 180 a tonnellata. Il costo di smaltimento di questo rifiuto può essere considerato analogo a quello CER 13.05.07, rifiuto oggetto della gara SEA, per cui la quotazione indicata non consentirebbe la formulazione dei prezzi praticati;

1.4.10) nell'ambito dell'offerta migliorativa alcune voci sarebbero state completamente modificate;

1.4.11) si sarebbe discostata dalle tabelle allegate ai D.M. 11.6.2010 e 21.4.2009 recanti la determinazione del costo orario dei dipendenti da imprese e società esercenti servizi ambientali.

2) Con il secondo motivo di ricorso, in via subordinata, è stato denunciato il mancato svolgimento in seduta pubblica dell'apertura delle offerte economiche, che riguarderebbe anche le procedure negoziate esperite nei settori speciali.

Si è costituita la resistente, insistendo per la reiezione del ricorso con diffuse argomentazioni a difesa.

DIRITTO

1) Il primo motivo è infondato.

1.1) Il giudizio di anomalia formulato dalla stazione appaltante è

sufficientemente motivato. Per giurisprudenza costante "il giudizio positivo di congruità dell'offerta sospetta di anomalia non abbisogna di motivazione puntuale ed analitica poiché è sufficiente anche un rinvio alle argomentazioni e alle giustificazioni della parte che ha formulato l'offerta sottoposta a verifica con esito positivo. Si impone invece una motivazione particolarmente diffusa ed analitica solo in caso di giudizio di anomalia che porta a non procedere all'aggiudicazione a favore dell'impresa che abbia formulato il migliore ribasso" (T.A.R. Piemonte Sez. I 16 novembre 2009 n. 2553). Nel caso di specie la motivazione deve ritenersi sufficiente in relazione al rinvio *per relationem* ai documenti e alle verbalizzazioni pregresse, in adesione all'orientamento giurisprudenziale secondo cui "non si può, inferire e predicare il difetto di motivazione de quo dal mero dispositivo dell'atto di esclusione, quando dai verbali della stazione appaltante e dalla copiosa corrispondenza intercorsa inter partes e versata in atti si evince al contrario una dovizia di dati tutti concordanti sull'accertata anomalia" (T.A.R. Lazio Sez. II 4 maggio 2010 n. 9341). La sufficienza della motivazione complessivamente intesa va considerata anche alla luce delle peculiarità della procedura *de quo*, in cui la stazione appaltante, contrariamente a quanto avviene solitamente, non si è limitata ad effettuare un'unica sessione di verifica, ma ha proceduto ad articolare la stessa in due fasi, una precedente ed una successiva al rilancio delle offerte (v. comunicazione del 23.6.2010 prot. n. 0019328, verbale n. 5 del 1.7.2010, verbale di incontro del 6.7.2010, verbale n. 6 del 9.7.2010,

verbale di incontro del 16.7.2010, verbale n. 8 del 21.7.2010).

1.2) Il motivo è inammissibile per difetto di interesse, nella parte in cui il ricorrente ha dedotto che la stazione appaltante avrebbe disposto l'audizione orale ex art. 88, comma 4 del D.Lgs. n. 163/06 dei concorrenti che la precedono in graduatoria, senza invece previamente richiedere per iscritto ulteriori precisazioni rispetto alle giustificazioni già fornite. La ricorrente lamenta in sostanza una presunta carenza di contraddittorio nel corso di svolgimento della verifica di anomalia, previsto, tuttavia, esclusivamente nell'interesse delle imprese controllate, che non possono essere escluse se non in esito ad una verifica rispettosa di determinate scansioni, fissate *ex ante* dal legislatore. Salva la facoltà di contestare la motivazione formale ed il contenuto sostanziale del giudizio di anomalia, il ricorrente non può invece dolersi, *sic et simpliciter*, del mancato svolgimento di alcune fasi del giudizio di anomalia relative ad altri concorrenti, senza dimostrare che ciò abbia comportato un *vulnus* alla propria sfera giuridica, il che forma oggetto di altri profili del presente motivo.

1.3) Infondata è anche la censura rivolta avverso le giustificazioni verbali fornite dai concorrenti, per le motivazioni già espresse nel precedente punto 1.1

1.4) Il giudizio di anomalia relativo all'offerta dell'aggiudicataria Ecol non è affetto dai profili di illegittimità evidenziati dalla ricorrente, come precisato nei punti seguenti:

1.4.1.) non vi è stata, anzitutto, alcuna modifica dell'offerta, ma solo una correzione materiale della stessa, riferita ad alcuni errori di

calcolo, mantenendo fermi ed immutabili i prezzi unitari offerti. La possibilità di effettuare correzioni era espressamente prevista a pag. 11 della lettera di invito, secondo cui “ove si riscontrassero errori di calcolo da parte del concorrente nell’effettuazione del prodotto per ciascun rigo l’ente aggiudicatore considererà come immutabili i prezzi unitari esposti e procederà a correggere il prodotto errato sulla base di essi”. Peraltro, l’offerta della controinteressata è stata valutata ed apprezzata per il valore più alto (corretto) e non anche per quello più basso erroneamente indicato;

1.4.2) il certificato era stato prodotto in sede di domanda di partecipazione, ove è stato ritenuto “conforme a quanto richiesto”. In particolare, in base all’attestazione prodotta risulta che la controinteressata è operativa nel settore “autotrasporto di merci, rifiuti civili, industriali, solidi, liquidi e pericolosi e non pericolosi, per conto proprio e di terzi, raccolta, trasporto, stoccaggio cernita, recupero e smaltimento dei rifiuti di qualunque tipo e genere”;

1.4.3), 1.4.4), 1.4.5), 1.4.6) il capitolato speciale imponeva di eseguire il servizio con determinati mezzi, non invece di dimostrare, fin dal momento di presentazione della domanda di partecipazione, la disponibilità di mezzi aventi le caratteristiche di cui si lamenta la mancanza nelle censure proposte dal ricorrente;

1.4.7) dalla certificazione prodotta dalla controinteressata si ricava che la stessa intrattiene con la dichiarante rapporti commerciali stabili e continuativi. Nessuna disposizione normativa della *lex specialis* imponeva la presentazione di ulteriore documentazione specifica (ad

es. fiscale), né la ricorrente ha fornito specifici ed ulteriori elementi di prova onde sconfessare la veridicità della predetta dichiarazione. Inoltre, a fronte di un giudizio tecnico espresso dalla stazione appaltante, occorre puntualmente rappresentare, con dati numerici certi, quali siano stati gli errori ascrivibili alla stazione appaltante e quale sia l'importo delle voci di prezzo anomale e la loro incidenza sull'importo complessivo dell'appalto. La dedotta inattendibilità complessiva dell'offerta deve, in altri termini essere indubitata in termini chiari, comprensibili, e immediatamente percepibili e non già in via di mere presunzioni (Consiglio Stato Sez. VI 20 aprile 2009, n. 2384).

Considerazioni analoghe valgono per le censure sollevate nei punti 1.4.8), 1.4.9), 1.4.10) e 1.4.11), che sono, per un verso, altrettanto generiche, per non essere stata indicata quale incidenza abbiano le singole voci contestate sull'importo complessivo dell'appalto, e in parte infondate, nella parte in cui è stata sottolineata la mancata produzione di documentazione ulteriore rispetto a quella già prodotta. La reiezione dei motivi rivolti avverso il giudizio di anomalia esperito nei confronti della prima classificata, confermando l'aggiudicazione in capo alla stessa, rende improcedibili quelli dedotti dalla ricorrente nei confronti delle due imprese che la precedono in graduatoria.

2) Il secondo motivo di ricorso è invece fondato.

Devono preliminarmente essere definite le eccezioni preliminari prospettate al riguardo, volte a precluderne l'esame, che sono infondate.

La tardività della censura è, anzitutto, insussistente.

Soltanto le clausole dei bandi di concorso che prevedono requisiti soggettivi che siano immediatamente preclusivi della partecipazione alla gara debbono, infatti, essere impugnate nel prescritto termine di decadenza dai soggetti interessati, senza attendere l'adozione di appositi provvedimenti, che ne diano successivamente applicazione (Consiglio Stato Sez. VI 8 luglio 2010, n. 4437; T.A.R. Lazio Sez. III 5 febbraio 2008 n. 951).

Non è, poi, mancata l'impugnazione della clausola della lettera di invito, essendo stato il ricorso proposto anche nei confronti della *lex specialis* “con particolare riferimento”, tra l'altro, “alla lettera di invito”, nella quale erano state stabilite le modalità di svolgimento delle sedute per l'apertura delle offerte economiche.

Nel merito, ritiene il Collegio di dover confermare il proprio indirizzo quanto alla necessità di provvedere all'apertura in seduta pubblica delle offerte economiche anche nelle procedure negoziate nei settori speciali (T.A.R. Lombardia, Sez. I 23.9.2009 n. 4801, T.A.R. Lombardia, Sez. I 13.10.2008 n. 4757): la pubblicità e la trasparenza dell'azione amministrativa costituiscono, infatti, principi che nel settore degli appalti trovano fondamento sia nel dettato costituzionale (art. 97) sia in sede comunitaria e non è decisivo il silenzio della legge in materia di settori esclusi per inferire la non predicabilità di tali principi alle gare riferibili a questi ultimi (C.S. Sez. VI 3.12.2008, n. 5943).

È invero principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello

secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero quella economica: è conseguentemente illegittima l'apertura riservata dei plichi. Detta affermazione trova conferma anche per l'applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'art. 89 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti di assistere direttamente alla verifica di integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto (C.S. Sez. VI 22.4.2008 n. 1856).

La difesa della stazione appaltante e della controinteressata sostengono, tuttavia, che l'apertura in seduta riservata delle offerte economiche sarebbe nella specie funzionale alla procedura negoziata, caratterizzata da una seconda fase di "rilancio", rispetto ad un'offerta economica "base", già acquisita nel corso della prima fase. La conoscenza dei ribassi formulati nel corso della prima fase scoraggerebbe, infatti, i concorrenti dal proporre ulteriori offerte nel corso della seconda, da cui il rischio del sostanziale insuccesso del rilancio.

A parere del Collegio sono, invece, proprio le modalità in concreto adottate dalla stazione appaltante che possono condurre a un insoddisfacente risultato al contrario di quanto possa ragionevolmente ipotizzarsi quando, dopo l'apertura in seduta

pubblica di tutte le offerte, il rilancio da parte di ciascuna impresa non possa non tenerne conto proprio al fine di conseguire l'aggiudicazione.

In tali limiti il ricorso deve essere dunque accolto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in relazione alle peculiarità del metodo di aggiudicazione, fatta espressa esclusione per il rimborso del contributo unificato a favore della ricorrente da parte della resistente e della controinteressata, che vi provvederanno in solido tra di loro.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2011

IL SEGRETARIO

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