

N. 00098/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00004/2010 REG.RIC.



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 Regionale di Giustizia Amministrativa

sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4 del 2010, proposto da:
Zorzi Frigotecnica Srl, in persona del legale rappresentante pt,
rappresentata e difesa dall'avv. Manfred Schullian, con domicilio
eletto presso il suo studio, in Bolzano, viale Stazione, n. 5;

contro

Comune di Selva di Val Gardena, in persona del Sindaco pt,
rappresentato e difeso dall'avv. Alfred Mulser, con domicilio eletto
presso il suo studio, in Bolzano, via Alto Adige, n. 40;

nei confronti di

Frigoplan Srl, in persona del legale rappresentante pt, rappresentata e
difesa dagli avv.ti Michele Menestrina e Peter Platter, con domicilio
eletto presso il loro studio, in Bolzano, via Alto Adige, n. 40;

per l'annullamento,

previa adozione di misure cautelari,

1) della deliberazione della Giunta comunale n. 172 del 3.11.2009 (non conosciuta), con la quale é stata nominata la Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte relative alla gara indetta per la manutenzione straordinaria nello stadio del ghiaccio di Selva, impianto di raffreddamento e di recupero calore;

in via subordinata:

2) del verbale della Commissione giudicatrice dd. 10.11.2009 e delle allegate schede C), C/1), C/2, C/3, C/a, C/1/a, C/2/a, C/3/a, C/b, D ed E, contenenti la valutazione e l'attribuzione dei punteggi, limitatamente al punteggio attribuito alla ditta Zorzi Frigotecnica Srl e alla seguente esclusione e mancata apertura dell'offerta economica presentata dalla stessa;

3) della comunicazione del Comune di Selva di Val Gardena del 26.11.2009;

4) della deliberazione della Giunta comunale n. 192 del 24.11.2009 (non conosciuta), avente ad oggetto l'aggiudicazione dei lavori *de quibus*;

5) dell'eventuale relativo contratto stipulato con il vincitore della gara, anche se non conosciuto dal ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto presidenziale n. 1/10, depositato il 12 gennaio 2010;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Selva di Val Gardena;

Visto l'atto di costituzione, con ricorso incidentale, della ditta Frigoplan Srl;

Visto il verbale dell'udienza in camera di consiglio del 26 gennaio 2010, dal quale risulta che la trattazione dell'istanza cautelare, su richiesta delle parti, è stata rinviata all'udienza di trattazione del merito del ricorso, visto che il contratto tra il Comune di Selva e l'aggiudicataria Frigoplan Srl era stato stipulato già l'8 gennaio 2010;

Visto il decreto presidenziale n. 3/10, depositato il 28 gennaio 2010, con il quale è stato revocato il precedente decreto presidenziale n. 1/10;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice designata per l'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011: consigliere Lorenza Pantozzi Lerjefors;

Ivi uditi, per le parti, i difensori come specificato nel verbale;

Vista l'ordinanza collegiale n. 23/11, depositata il 9 febbraio 2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Selva di Val Gardena, con lettera del 12 agosto 2009, invitava cinque ditte, tra cui l'odierna ricorrente, a partecipare alla procedura ristretta per i lavori di manutenzione straordinaria dello stadio del ghiaccio di Selva (impianto di raffreddamento e di recupero calore), per l'importo complessivo di Euro 632.500,00. Il termine di presentazione delle domande scadeva il 31 agosto 2009 (doc. n. 3 della ricorrente).

Dal bando risulta che l'aggiudicazione dei lavori doveva avvenire in

base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 39 della legge provinciale 17 giugno 1998, n. 6, e che l'offerta economica doveva essere predisposta a prezzi unitari (doc. n. 3.1 della ricorrente).

Dall'allegato alla lettera d'invito risulta che la valutazione dell'offerta doveva essere effettuata in base ai seguenti parametri:

“A) prezzo offerto: 31 punti;

B) efficienza energetica desunta dal fascicolo qualità: 30 punti;

C) qualità dei componenti impiegati, desunta dal fascicolo qualità: 28 punti;

D) proposta di manutenzione ed assistenza: 7 punti;

L'offerta non viene considerata e viene esclusa dalla gara, se per i seguenti parametri non viene raggiunto il punteggio minimo di seguito indicato:

efficienza energetica: min. 25 punti;

qualità dei componenti impiegati: min. 24 punti....”.

Entro il termine prefissato, oltre alla ricorrente ditta Zorzi Frigotecnica Srl, presentavano un'offerta le ditte Frigoplan Srl e Frigothem Srl.

Nella seduta del 10 novembre 2009 la ditta ricorrente Zorzi Frigotecnica Srl e la ditta Frigothem Srl venivano escluse dalla gara, in quanto non avevano raggiunto il punteggio minimo prescritto dall'allegato alla lettera di invito per i parametri dell'efficienza energetica e della qualità dei componenti.

All'esito della gara risultava vincitrice la ditta Frigoplan Srl, con complessivi 72,27 punti.

Con deliberazione della Giunta comunale n. 192 del 24 novembre

2009 i lavori venivano aggiudicati alla ditta Frigoplan Srl (doc. n. 7 del Comune).

L'esito della graduatoria veniva comunicato dal Comune di Selva alla ditta ricorrente con lettera inviata tramite fax in data 27 novembre 2009 (doc. n. 2 della ricorrente).

A fondamento del ricorso la ditta Zorzi Frigotecnica Srl ha dedotto i seguenti motivi:

1. *“Motivi procedurali, illegittima composizione Commissione giudicatrice.*
 - 1.1. *Illegittimità della deliberazione della Giunta comunale n. 192 (rectius: 172) del 24.11.2009 (rectius: 3.11.2009), riguardante la nomina della Commissione giudicatrice, violazione dell'art. 84, comma 2, del D. Lgs. n. 163 del 12.4.2006; violazione dell'art. 6, comma 7, della L.P: 22.10.1993, n. 17; violazione del principio di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione”;*
2. *“Motivi attinenti il parametro di valutazione dell'efficienza energetica.*
 - 2.1. *Violazione ed errata interpretazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per travisamento di fatto, contraddittorietà, perplessità, sviamento di potere; violazione del principio del giusto procedimento (art. 97 Costituzione); violazione del principio di trasparenza ed imparzialità”;*
3. *“Motivi attinenti il parametro della qualità dei componenti impiegati.*
 - 3.1. *Subcriteri*
 - 3.1.1. *Violazione del principio del giusto procedimento e del principio della par condicio, della trasparenza ed imparzialità; eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità ed illogicità; violazione e/ o falsa applicazione della lex specialis;*
 - 3.2. *Attribuzione punti qualità.*

3.2.1. Violazione del principio del giusto procedimento e del principio della par condicio, della trasparenza ed imparzialità; eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità ed illogicità: violazione e/ o falsa applicazione della lex specialis;

3.3. Eccezioni di merito.

3.3.1. Eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti, perplessità, illogicità ed irrazionalità; violazione ed errata applicazione dell'art. 7 della L. 17/1993, per difetto di motivazione e/ o motivazione insufficiente, carente e/ o errata”;

4. “Documentazione amministrativa.

4.1. Eccesso di potere per arbitrarietà; travisamento dei fatti e mancata motivazione”;

5. “Possesso del certificato di abilitazione per uso dell'ammoniaca.

5.1. Violazione ed errata applicazione dell'art. 4 del R. D. 9 gennaio 1927, n. 147 e dell'allegato prospetto; eccesso di potere per sviamento e travisamento dei fatti”.

La ditta ricorrente ha chiesto, ove ritenuto necessario, anche l'ammissione di una CTU tecnica, al fine di verificare l'illegittimità dell'attribuzione del punteggio, come evidenziato nel ricorso. Infine, si è riservata di chiedere il risarcimento dei danni.

Si è costituito il Comune di Selva di Val Gardena, chiedendo il rigetto del ricorso, siccome infondato.

Si è costituita in giudizio anche la ditta controinteressata Frigoplan Srl, la quale ha chiesto il rigetto del ricorso, in quanto infondato, e ha presentato ricorso incidentale, formulando i seguenti motivi:

1. “Violazione della lex specialis, e in specie del Capo I), punto 1), che prescrive che per partecipare alla gara doveva essere consegnato un plico contenente i

documenti 'in piego sigillato, controfirmato su tutti i lembi di chiusura'";

2. *"Violazione della lex specialis e, in specie, del Capo I), punto 6) e punto 9) dell'Allegato alla lettera d'invito che prescrivono l'allegazione nella "busta 2" del Fascicolo qualità e per il caso di mancanza o di irregolarità di un documento richiesto, l'esclusione dalla gara";*

3. *"Violazione della lex specialis contenuta nel Fascicolo valutazione della qualità"*.

All'udienza in Camera di consiglio del 26 gennaio 2010, su concorde istanza delle parti, la trattazione dell'istanza cautelare è stata rinviata all'udienza di discussione del merito, dato che il Comune, in data 8 gennaio 2010, aveva stipulato il contratto con l'aggiudicataria ditta Frigoplan Srl.

Nei termini di rito il procuratore della ditta ricorrente ha depositato una memoria, nella quale, preso atto che, nelle more del giudizio, i lavori sono stati ultimati, ha insistito, comunque, *"nell'annullamento dei provvedimenti impugnati, con conseguente condanna del Comune di Selva di Val Gardena....a pagare alla ditta ricorrente il risarcimento del danno ingiusto, anche in via equitativa"*.

All'udienza pubblica del 9 febbraio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Con ordinanza n. 23/11, depositata il 9 febbraio 2011, il Tribunale ha rigettato l'istanza cautelare della ricorrente, per l'insussistenza dei motivi di urgenza richiesti per l'emanazione della misura cautelare, in ragione del tempo trascorso dalla presentazione dell'istanza.

In data 21 febbraio 2011 il dispositivo della sentenza è stato

depositato presso la segreteria di questo Tribunale.

DIRITTO

1. Rileva, anzitutto, il Collegio che la ditta Frigoplan Srl, nelle more del giudizio, ha ultimato i lavori di manutenzione straordinaria dello stadio del ghiaccio di Selva (cfr. doc. ti n. 13 e 14 della ditta controinteressata); di talché l'interesse della ricorrente Zorzi Frigotecnica Srl alla decisione del ricorso permane al solo fine del risarcimento dei danni.

Nella memoria conclusiva la ricorrente principale (che in sede di ricorso si era "riservata" di chiedere il risarcimento dei danni), ha formalmente chiesto la condanna del Comune al "*risarcimento del danno ingiusto, da liquidarsi anche in via equitativa*".

A tal riguardo, va osservato che, in base all'art. 30, comma 5, cod. proc. amm, nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento, "*la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza*" (cfr. art. 30, comma 5, cod. proc. amm).

Tuttavia, se formulata nel corso del giudizio, la domanda risarcitoria, secondo il costante e condiviso orientamento della giurisprudenza, deve essere notificata alle controparti: "*E' ammissibile una domanda di risarcimento dei danni formulata nel corso del processo avanti al TAR e con semplice memoria, purché detta memoria sia notificata alle controparti*" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485; nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 gennaio 2010, n. 279).

Nel caso di specie, la domanda di risarcimento dei danni,

formalmente presentata dalla ricorrente principale nella memoria depositata il 24 gennaio 2011, non è stata notificata alle controparti.

Né può, nel caso di specie, valere la notifica del ricorso introduttivo, posto che la semplice “riserva” di proporre la domanda di risarcimento danni (magari in altro separato giudizio), non equivale a formale proposizione della stessa.

Dunque, la domanda di risarcimento dei danni formulata dalla ricorrente principale nel presente giudizio deve considerarsi inammissibile, in quanto non ritualmente notificata alle controparti.

Resta, tuttavia, salva la facoltà della ricorrente di far valere nuovamente tale domanda con separato ricorso (cfr. TRGA Bolzano, 7 luglio 2001, n. 171).

Il Collegio ritiene di poter applicare al caso di specie l'art. 34, comma 3, del nuovo codice del processo amministrativo (immediatamente applicabile, in quanto norma processuale), in base al quale, *“quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto, se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”*.

La ricorrente principale non ha infatti più interesse all'annullamento dell'aggiudicazione, che non può incidere sugli effetti del contratto stipulato e, quindi, sulla rinnovazione della gara, ma ha interesse all'accertamento dell'illegittimità degli atti, ai fini risarcitori.

Va quindi vagliata la fondatezza del ricorso principale e di quello incidentale.

2. Ciò chiarito, può procedersi all'esame del primo motivo del ricorso

principale, con il quale la ricorrente lamenta l'illegittimità della composizione della Commissione di gara rispetto alla previsione dell'art. 84, comma 2, del Codice degli appalti (D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e dell'art. 6, comma 7, della legge provinciale 22 ottobre 1993, n. 17.

In particolare, la ricorrente principale contesta il carattere di "esperto" di uno solo dei tre componenti della Commissione, il signor Rolando Demetz, che è anche Sindaco del Comune di Selva.

La doglianza non è fondata.

Risulta dalla visura della Camera di commercio agli atti che il signor Rolando Demetz è amministratore unico della società Demac Srl (dal 1999) e che detta società ha per oggetto "*..la costruzione, l'assemblaggio e la manutenzione di cannoni da neve, la costruzione di impianti di innevamento in genere...*" (cfr. doc. n. 6 della ricorrente). Il signor Demetz non può, quindi, non considerarsi esperto nel settore degli impianti di raffreddamento, oggetto di gara, ed appare in grado di esprimere valutazioni tecniche, apportando il proprio contributo alla Commissione.

3. Con un secondo ed un terzo motivo - che si prestano ad un esame congiunto - la ricorrente principale lamenta di essere stata illegittimamente esclusa per non avere raggiunto il punteggio minimo richiesto per il parametro dell'efficienza energetica (25 punti) e per il parametro della qualità dei componenti (24 punti).

In particolare, con riferimento al primo parametro (efficienza energetica), la ricorrente principale si duole che la Commissione di

gara abbia considerato la presenza di una pompa di calore (non prevista negli atti di gara) quale criterio discriminante ai fini del raggiungimento del punteggio minimo per l'efficienza energetica, così introducendo un illegittimo subcriterio di valutazione, in violazione della *lex specialis*.

Con riferimento al secondo parametro (qualità dei componenti), la ricorrente principale afferma che la Commissione avrebbe, a buste aperte, determinato sub criteri non previsti nella legge di gara.

Le doglianze sono fondate.

Dal verbale della seduta della Commissione di gara del 10 novembre 2009 risulta che *“per l’assegnazione dei punti per l’efficienza energetica, qualità, documentazione e manutenzione/assistenza è stata predisposta una tabella riassuntiva....elaborata, discussa ed analizzata dalla commissione prima dell’apertura delle buste”* (cfr. scheda F, allegata al verbale – doc. n. 6 del Comune).

L'allegato alla lettera d'invito, in relazione al parametro dell'efficienza energetica, si limitava a stabilire che potevano essere assegnati fino ad un massimo di 30 punti e che dovevano essere escluse dalla gara le offerte che non avessero raggiunto il punteggio minimo di 25 punti (cfr. doc. n. 3.2. della ricorrente).

Risulta dal verbale della seduta del 10 novembre 2009 che la Commissione di gara ha stabilito, in relazione all'assegnazione dei punti per l'efficienza energetica, le seguenti *“modalità di calcolo”* del punteggio:

“30 punti (punteggio massimo) per l’offerta con l’efficienza più alta;

*min. 25 punti per l'offerta con recupero calore tramite pompa di calore;
meno di 25 punti se manca la pompa di calore"* (cfr. allegati C/a e F al verbale - doc. n. 6 del Comune).

Quindi, in base a tale sub criterio di valutazione, all'offerta tecnica priva della pompa di calore (di cui non vi è traccia nella legge di gara) si doveva assegnare un punteggio inferiore a 25 punti, con conseguente automatica esclusione dalla gara per mancato raggiungimento del punteggio minimo previsto dall'allegato alla lettera di invito per il parametro dell'efficienza energetica (pari a 25 punti).

In relazione al parametro della qualità dei componenti, l'allegato alla lettera di invito, si limitava a stabilire che potevano essere assegnati fino ad un massimo di 28 punti e che dovevano essere escluse dalla gara le offerte che non avessero raggiunto il punteggio minimo di 24 punti.

Orbene, nella tabella relativa all'attribuzione dei punti per la qualità - gruppi compressori, la Commissione ha stabilito dei sub criteri di valutazione del punteggio in relazione alla tipologia dei gruppi compressori impiegati, per i quali il fascicolo di qualità non prevedeva requisiti essenziali (a titolo di esempio, a seconda della necessità o meno di raffreddamento della testata la Commissione ha previsto un punteggio rispettivamente di 1 o di 2 punti – cfr. scheda C/b allegata al verbale - doc. n. 6 del Comune e fascicolo di qualità, pag. 7/11 – doc. n. 12 del Comune).

Osserva il Collegio che l'art. 83 del Codice appalti, con riferimento

alle gare da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilisce che il bando di gara deve elencare i criteri di valutazione e precisare la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi (comma 2) e che anche gli eventuali sub criteri, sub pesi o sub punteggi, relativi a ciascun criterio, devono essere contenuti nel bando (comma 4).

Inoltre, va ricordato che la facoltà, attribuita alla Commissione giudicatrice dal citato comma 2, di fissare, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando, non è più prevista, in quanto il relativo periodo è stato soppresso dall'art. 1, comma 1, lett. u), del D. Lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

In ogni caso, già prima di tale modifica, la Corte di Giustizia aveva più volte affermato che *“per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte”* (Corte CE, sentenza 24 novembre 2005 in causa C-331/04; nello stesso senso v. anche Corte CE, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau).

A ben vedere, ciò non si è verificato nella procedura concorsuale di cui trattasi: al momento della predisposizione dell'offerta le concorrenti non erano a conoscenza che l'assenza della pompa di

calore avrebbe comportato l'automatica esclusione dalla gara. Quel sub criterio di valutazione, infatti, è stato fissato dalla Commissione di gara solamente dopo che il termine di presentazione delle offerte era già scaduto. Analoghe considerazioni valgono per le caratteristiche dei gruppi compressori, in relazione al parametro della qualità dei componenti.

Pertanto, in violazione dei principi di trasparenza ed effettiva concorrenzialità fatti propri anche dall'ordinamento comunitario, la ditta Zorzi Frigotecnica Srl non è stata posta nelle condizioni di conoscere tutti gli elementi indispensabili per la redazione di un'offerta concretamente rispondente alle esigenze dell'Amministrazione.

4. Ugualmente fondato è il quarto motivo, con il quale la ricorrente principale lamenta eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità ed illogicità in relazione al sub criterio "dati come prescritti", introdotto dalla Commissione ai fini dell'attribuzione del punteggio per la qualità dell'evaporatore / raffreddamento con accessori.

A tal riguardo, oltre a richiamare quanto già esposto sub 3 in relazione ai limiti dei poteri della Commissione di fissare sub criteri di valutazione, il Collegio osserva che il fascicolo qualità, nelle premesse, stabilisce che *"i requisiti essenziali, così come riportati nel presente fascicolo valutazione della qualità sono vincolanti"* e che *"i valori numerici indicati devono essere rispettati a pena di esclusione"* (cfr. doc. n. 8 della controinteressata).

Del tutto illogico e arbitrario appare, quindi, il sub criterio di

valutazione riferito ai “dati come prescritti”, per effetto del quale la Commissione poteva attribuire 1 punto alle concorrenti i cui dati per la qualità dell’evaporatore/raffreddamento risultassero “come prescritti” (la Commissione ha attribuito 1 punto solo all’offerta della ditta contro interessata - cfr. doc. n. 6 del Comune, scheda C/b).

5. Le censure di cui al quinto motivo del ricorso, con le quali la ricorrente denuncia che la sua offerta non sarebbe stata correttamente valutata, si profilano invece inammissibili.

Invero, le valutazioni espresse dalla Commissione tecnica attengono alla discrezionalità tecnica dell’Amministrazione, sottratta al sindacato del Giudice amministrativo, se non sotto i profili della manifesta illogicità ed irrazionalità della motivazione e dell’errore di fatto, sotto profili, cioè, che non incidono nella sfera di autonomia decisionale della Pubblica amministrazione (cfr, ex multis, Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 aprile 2004, n. 2411, 17 giugno 2003, n. 4350; 14 febbraio 2002 n. 882, Sez. V, 4 maggio 2001 n. 2515, TRGA di Bolzano 24 febbraio 2010, n. 50; 21 aprile 2009, n. 146; 15 giugno 2004, n. 297 e 15 settembre 2004, n. 410). E nel caso di specie il Collegio non ravvisa la sussistenza di tali profili.

6. Con il sesto motivo la ricorrente principale si duole che la Commissione le abbia attribuito 0 punti per il parametro “forma della documentazione presentata”, con la seguente motivazione: ” *la documentazione, in particolare il fascicolo qualità, non è completa, quindi l’esame della documentazione è molto dispendioso*” (cfr. doc. n. 6 del Comune, scheda C/2).

La ricorrente ammette che il fascicolo qualità non era completo (mancavano tre pagine), ma afferma che la colpa sarebbe da attribuire alla stessa Amministrazione, la quale avrebbe messo a disposizione della ricorrente una versione in cui mancavano le pagine 8, 9 e 10. La ditta Zorzi Frigotecnica Srl avrebbe immediatamente denunciato al Comune l'incompletezza del documento, ma il funzionario incaricato avrebbe detto che la circostanza sarebbe stata irrilevante e che la documentazione avrebbe dovuto essere consegnata così come era stata messa a disposizione.

Pertanto la ricorrente avrebbe presentato il fascicolo valutazione qualità con le pagine contenute nella versione cartacea messa a sua disposizione dal Comune (cfr. doc. n. 11 della ricorrente). Tutti i dati richiesti sarebbero stati comunque presenti nella descrizione tecnica presentata.

La censura è inammissibile, per carenza di interesse.

Va ricordato che l'allegato alla lettera di invito prescriveva, a pag. 2, che il fascicolo di qualità doveva essere "debitamente compilato e firmato su ciascuna pagina" e, a pag. 4, che "la mancanza o l'irregolarità di uno qualsiasi dei documenti richiesti comporterà l'esclusione dalla gara" (cfr. doc. n. 3.2 della ricorrente).

L'attribuzione all'offerta presentata dalla ricorrente di 0 punti (su un massimo di 4 punti) per la forma della documentazione presentata appare effettivamente incomprensibile ed illogica.

Tuttavia, diversamente da quanto assunto dalla ricorrente principale, a giudizio del Collegio, accertata l'incompletezza della documentazione

e, in particolare, del fascicolo qualità, la Commissione avrebbe dovuto, in realtà, disporre l'esclusione dell'offerta della ditta Zorzi Frigotecnica Srl, che, quindi, non ha interesse a far valere la censura.

7. Con il settimo ed ultimo motivo la ricorrente principale afferma che il legale rappresentante della ditta Frigoplan Srl non sarebbe in possesso del certificato di abilitazione per l'uso dell'ammoniaca e che, in mancanza di tale certificato, la ditta controinteressata non sarebbe in grado di eseguire i lavori.

La doglianza è infondata.

Osserva il Collegio che il possesso del certificato di abilitazione per l'uso dell'ammoniaca non rientra tra i requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara.

Il certificato suddetto rientra, semmai, tra i documenti da presentare in caso di aggiudicazione.

Invero, il capo III dell'allegato alla lettera di invito stabilisce che l'aggiudicatario, entro il termine fissato dal Comune per la stipulazione del contratto, dovrà presentare tutta una serie di documenti, tra i quali quelli necessari alla “...*verifica dei requisiti tecnico – professionali dell'appaltatore...*”.

In ogni caso, la ditta Frigoplan Srl, costituendosi in giudizio ha depositato copia della patente di abilitazione all'impiego di gas tossici (ammoniaca), valido fino al 2014, intestato al signor Raimund Stefan Alton, che risulta essere il legale rappresentante della ditta Frigoplan Srl (cfr. doc. ti 10 e 11 della controinteressata).

8. Per le anzidette considerazioni, il ricorso principale è fondato.

9. Sempre ai fini risarcitori, va comunque esaminato anche il ricorso incidentale, nonostante sia venuto meno l'interesse della ditta Frigoplan Srl alla sua decisione.

Con il primo motivo la ricorrente incidentale afferma che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché il plico contenente le tre buste fatto pervenire dalla ditta Zorzi Frigotecnica Srl, risulterebbe chiuso con la ceralacca, ma non con un sigillo e, in ogni caso, non sarebbe controfirmato su tutti i lembi di chiusura, come prescritto dall'allegato alla lettera di invito.

La censura merita accoglimento.

Il capo I, punto 1), dell'allegato alla lettera di invito prescrive che *“le imprese che intendono partecipare alla gara devono far pervenire al Comune....i documenti appresso indicati, per posta, con plico raccomandato o consegna a mano, in piego sigillato, controfirmato su tutti i lembi di chiusura”*. Il successivo punto 9), del capo I, chiarisce che *“..l'inosservanza delle formalità prescritte per la presentazione dei documenti invalida l'offerta, rendendola nulla”* (cfr. doc. n. 3/2 della ricorrente).

Risulta agli atti, ed è incontestato, che il plico fatto pervenire dalla ricorrente al Comune di Selva è stato chiuso con la ceralacca, ma non è stato controfirmato su tutti i lembi di chiusura. Al posto della firma del legale rappresentante della ditta, sui lembi sono stati apposti dei timbri della ditta, privi di sottoscrizione (cfr. doc. n. 7 della ditta controinteressata).

Nel verbale del 10 novembre 2009 la Commissione di gara, anziché rilevare il mancato rispetto delle formalità prescritte dalla legge di

gara, ha accertato “*che i plichi sono stati presentati secondo le modalità previste dalle condizioni allegate alla lettera di invito...*” (cfr. pag. 2/2 del verbale - doc. n. 1 della ricorrente).

La ricorrente ammette di non avere rispettato l’obbligo di controfirmare il plico su tutti i lembi, ma afferma, per un verso, di avere apposto ben quattro timbri aziendali sul plico e, per altro verso, che la legge di gara non avrebbe specificato la modalità di sigillatura.

Osserva il Collegio che la disposizione è chiara nel punto in cui specifica, espressamente, che l’inosservanza delle formalità prescritte per la presentazione della documentazione avrebbe determinato l’invalidità dell’offerta e, quindi, l’esclusione dalla gara.

Né la Commissione di gara avrebbe potuto in alcun modo discostarsi, in sede applicativa, da tale disposizione, che non presentava margini di ambiguità, senza incorrere nella violazione della *par condicio* dei partecipanti.

Del resto, secondo il costante e condiviso orientamento della giurisprudenza, “*la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella "lex specialis" relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione, atteso che proprio il formalismo caratterizza la disciplina delle procedure di gara, rispondendo esso, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti* (cfr, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1700; id. TRGA Bolzano, 21 giugno 2006, n. 275).

Va aggiunto che le formalità richieste (comprendenti sia la sigillatura, sia la controfirma) non possono affatto ritenersi esagerate, come affermato dalla ricorrente principale, posto che esse mirano ad assicurare l'autenticità dell'offerta e non appaiono particolarmente gravose: *“La Commissione di gara deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui deve farsi menzione nel verbale di gara, e tale tutela deve essere assicurata in astratto e a prescindere dalla mancata dimostrazione della effettiva manomissione dei plichi”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez.V, 12 dicembre 2009, n. 7804).

In particolare, l'obbligo di controfirmare il plico su tutti i lembi ha la funzione di rendere certi circa la provenienza e la genuinità del plico, attraverso la sottoscrizione del rappresentante dell'impresa, che ha sottoscritto l'offerta. Di contro, i timbri apposti sul plico, con la scritta “Zorzi Frigotecnica”, non possono certo essere considerati alla stregua di una “controfirma”, in quanto non offrono prova certa circa la provenienza della scritta da parte del legale rappresentante dell'azienda, come invece, richiesto dalla legge di gara, proprio al fine di ottenere una maggiore garanzia nei confronti di eventuali frodi o indebite violazioni del segreto.

10. Per questi motivi, assorbita ogni altra censura, anche il ricorso incidentale è fondato.

11. Conclusivamente, va accertata l'illegittimità degli atti impugnati con il ricorso principale sub 2, 3 e 4, ai fini risarcitori.

Il Collegio osserva, infine, che non sussistono i presupposti per dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato (ai sensi dell'art. 122

cod. proc. amm.), considerato che i lavori sono stati integralmente eseguito dalla ditta aggiudicataria.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio, tenuto conto della fondatezza del ricorso principale. Il contributo unificato rimane a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- a) accerta, ai sensi dell'art. 34 comma 3, cod. proc. amm, l'illegittimità degli atti impugnati sub 2, 3 e 4, come da motivazione;
- b) dichiara inammissibile, allo stato, la domanda di risarcimento dei danni, come da motivazione.

Spese compensate.

Il contributo unificato rimane a carico della ricorrente.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Margit Falk Ebner, Presidente

Hugo Demattio, Consigliere

Terenzio Del Gaudio, Consigliere

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/03/2011

IL SEGRETARIO

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