

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

N. 153/2009 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 296/2006 Reg. Ric.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

depositato il

Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano

22.4.2009

costituito dai magistrati:

Marina ROSSI DORDI - Presidente

Anton WIDMAIR - Consigliere

Hans ZELGER - Consigliere

Terenzio DEL GAUDIO - Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso iscritto al n. **296** del registro ricorsi **2006**

presentato da

EURO GREEN S.r.l., in persona del proprio legale rappresentante ing. Emil Eccher, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita e Paola M. La Guardia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Bolzano, P.zza Mazzini n. 49, giusta mandato speciale a margine del ricorso,

- ricorrente -

c o n t r o

ENERPASS S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore e Presidente del Consiglio di amministrazione Konrad Pfitscher, rappresentata e difesa dagli avv. Peter Platter e Michele Menestrina, con elezione di domicilio presso lo studio dei medesimi in Bolzano, via Alto Adige n. 40, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

- resistente -

e nei confronti della

P.A.C. S.p.a., in persona del legale rappresentante geom. Parolini Mario, rappresentata e difesa dagli avv.ti Karl Zeller e Stefan Thurin, con elezione di domicilio presso l'avv. Siegfried Brugger in Bolzano, via Cappuccini n. 5, giusta delega a margine dell'atto di costituzione, - **controinteressata** -

e nei confronti

EDILPASSIRIA S.r.l., - **non costituita** -

SCHIEFER Alfred - **non costituito** -

per l'annullamento

1) dei verbali della Commissione di gara dd. 4.10.2006 e 9.10.2006 e relativi allegati, del verbale della Commissione tecnica dd. 9.10.2006 e relativi allegati, nonché della nota della Società Enerpass dd. 11.11.2006, provvedimenti in esito ai quali è stato deliberato di aggiudicare all'A.T.I. PAC - Edilpassiria - Schiefer Alfred l'appalto dei lavori di esecuzione della "opera di presa" nell'ambito della realizzazione dell' "Impianto idroelettrico del Passirio";

2) dei provvedimenti – mai notificati alla ricorrente e di estremi ignoti – di nomina della Commissione di gara e della Commissione tecnica;

3) di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente ed in particolare, per quanto occorrer possa, del Bando di Gara dd. 24.8.2006, del Capitolato condizioni, del Capitolato speciale d'appalto e di eventuali atti successivi non noti ed in particolare dell'aggiudicazione definitiva della gara, nonché del contratto d'appalto nel frattempo stipulato.

Visto il ricorso notificato il 21.11.2006 e depositato in segreteria il

25.11.2006 con i relativi allegati;

Visto la memoria di costituzione in giudizio dell'Enerpass S.p.a. dd. 30.11.2006 e depositata in data 1.12.2006;

Visto il ricorso incidentale della P.A.C. S.p.a. notificato in data 4.12.2006;

Visto il verbale della camera di consiglio del 5.12.2006, ove la trattazione dell'istanza cautelare è stata rinviata all'udienza di merito;

Viste le memorie prodotte;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 28.1.2009 il consigliere Terenzio Del Gaudio ed ivi sentito l'avv. P. Costantini, in sostituzione dell'avv. A. Tita per la società ricorrente, l'avv. M. Menestrina per la Enerpass S.p.a. e l'avv. M. Menestrina, in sostituzione dell'avv. S. Thurin per la P.A.C. S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Si premette che, con bando di gara dd. 24.8.2006, la Enerpass S.p.a. indiceva una procedura aperta con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine dell'affidamento dei lavori di esecuzione dell'"*opera di presa*" nell'ambito della realizzazione dell'"*impianto idroelettrico del Passirio*", con un importo a base d'asta di Euro 3.945.725,00; importo pertanto inferiore alla c.d. soglia comunitaria.

Il bando di gara richiamava espressamente la normativa provinciale riguardante gli appalti e l'esecuzione di lavori pubblici di cui alla L.P. 17.6.1998, n. 6, stabilendo la formulazione dell'offerta mediante compilazione di un modulo a prezzi unitari e la presentazione di

documentazione amministrativa (busta "A"), tecnica (busta "B") e dell'offerta economica (busta "C").

In base al suddetto bando, i criteri di determinazione dell'offerta economica erano i seguenti: prezzo 60%; esecuzione tecnica ed organizzazione di cantiere 15%; referenze 15%; organigramma specifico di cantiere 7%; forma, completezza e chiarezza della documentazione presentata per la valutazione tecnica 3%.

In data 4.10.2006 venivano aperti, in seduta pubblica, i plichi contenenti le offerte ed il 5.10.2006 ed il 9.10.2006 la Commissione tecnica appositamente costituita procedeva alla valutazione dei criteri diversi dal prezzo.

La Commissione tecnica assegnava all'A.T.I. Pac S.p.a. 38,3 punti, alla ditta Gufler Roland 34 punti, alla Zimmerhofer S.p.a. 32,7 punti, alla Strabag S.p.a. 29,9 punti, alla Wipptaler Bau S.p.a. 20,3 punti ed alla Euro Green punti 4,9.

In data 9.10.2006 si riuniva la Commissione di gara che escludeva la ditta Strabag S.p.a., redigeva la graduatoria finale ed aggiudicava l'appalto all'A.T.I. costituita tra la ditta Pac S.p.A., l'impresa Passeier Bau S.r.l. e la ditta Schiefer Alfred, per l'importo complessivo di Euro 3.364.751,52.

I lavori venivano consegnati in data 18.10.2006.

Con il presente ricorso, notificato in data 21.11.2006, l'impresa Euro Green S.r.l. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

I. Incompetenza della Commissione di gara e della Commissione tecnica – illegittima composizione della Commissione di gara e della Commissione

tecnica – violazione del principio di neutralità degli organi giudicanti – violazione del principio enunciato dall’art. 21, comma 5, della legge 11.2.1994, n. 109 e s.m. (ora art. 84 del D.lgs. 12.4.2006, n. 163) – nullità della procedura di gara – eccesso di potere – violazione della par condicio e dei principi generali in tema di procedure ad evidenza pubblica;

I.I Presenza all’interno della Commissione tecnica di soggetto incaricato di funzioni amministrative nell’ambito della procedura;

I.II Presenza di pubblici amministratori all’interno della Commissione tecnica e della Commissione di gara;

I.III Presenza del progettista dell’opera all’interno della Commissione di gara;

II. Violazione dell’art. 3 della legge 7.8.1990, n. 241 – eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria – violazione dei principi generali in materia di verbalizzazione nelle gare d’appalto.

In via subordinata la ricorrente principale eccepisce l’illegittimità costituzionale dell’art. 29 della L.P. n. 6/1998 in riferimento all’art. 117 della Costituzione, *“per contrasto con il riparto di competenze sancito dalla Carta Costituzionale”*.

La ricorrente principale chiede, inoltre, il risarcimento del danno *“nella duplice forma del danno emergente e del lucro cessante (danno da “perdita di chance”)*”.

Con memoria dd. 30.11.2006, depositata in data 1.12.2006, e, rispettivamente, con ricorso incidentale notificato in data 4.12.2006 si sono costituite in giudizio la Enerpass S.p.A. e la Pac S.p.A. chiedendo, anche con successive memorie difensive, l’annullamento in via incidentale del

verbale della Commissione tecnica del 5.10 - 9.10.2006 e della determinazione della Commissione di gara del 9.10.2006 nella parte in cui ammettono e non escludono l'offerta della Euro Green S.r.l., attribuendo un punteggio alla relativa offerta, nonché il rigetto del ricorso, previa reiezione dell'istanza cautelare di sospensiva, siccome infondato.

A sostegno del ricorso incidentale la Pac S.p.A. deduce i seguenti motivi di impugnazione:

1. Violazione dei punti 1, 2 e 3 del Capitolato condizioni: la Euro Green S.r.l. non ha fornito la documentazione prescritta a pena di esclusione;
 - 1.a) Euro Green non ha indicato il numero del personale presente in cantiere;
 - 1.b) per le opere di presa non sono state indicate referenze;
 - 1.c) nell'organigramma di cantiere non sono indicati il numero e la qualifica del personale tecnico;
 - 1.d) nella documentazione tecnica è contenuto un riferimento al prezzo.

Con ordinanza presidenziale n. 175/2006 del 27.11.2006 è stata rigettata l'istanza della ricorrente intesa ad ottenere una misura cautelare provvisoria ai sensi dell'art. 3, n. 1, della L. 21.7.2000, n. 205.

Alla camera di consiglio del 5.12.2006, su concorde richiesta delle parti, la trattazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'esecuzione degli impugnati provvedimenti è stata rinviata all'udienza di merito.

Alla pubblica udienza del 28.1.2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Ai sensi dell'art. 23 bis, comma 1, lett. b), della legge 6.12.1971, n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della legge n. 205/2000), in data 3.2.2009 è stato depositato in segreteria il dispositivo di sentenza n. 5/2009.

DIRITTO

Atteso che con ricorso principale viene lamentata l'illegittimità della composizione della Commissione di gara (e della Commissione tecnica), il Collegio, considerato anche che *“nulla preclude al giudice di esaminare con priorità il ricorso principale che risulti infondato, per giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale”* (Cons. Stato, Ad. plen. n. 11 del 10.11.2008), procede, in via prioritaria, all'esame del ricorso principale.

Il ricorso principale non è fondato.

Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente principale lamenta l'illegittima composizione della Commissione di gara e della Commissione tecnica.

In particolare, la Euro Green S.r.l. censura la violazione dei principi di incompatibilità delle funzioni di cui all'art. 84 del D.lgs. 12.4.2006, n. 163 (già enunciato dall'art. 21, comma 5, della legge 11.2.1994, n. 109 e s.m.) il cui comma 4 stabilisce che *“i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”* (comma 4), e, il comma 5, che *“coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio”*.

Deduce la ricorrente che, nella specie, si raffigurerebbero alcuni motivi di incompatibilità di funzioni in capo ai componenti della Commissione aggiudicatrice, tali da inficiare la procedura di gara.

In particolare: I.I Il dott. Konrad Pfitscher, membro della Commissione tecnica in qualità di Presidente della stessa, non avrebbe potuto prendere parte alle operazioni svolte dalla suddetta commissione in data 9.10.2006 in quanto avrebbe precedentemente presieduto la Commissione di gara nella prima seduta del 4.10.2006 ed avrebbe sottoscritto il disciplinare di gara contenente la *lex specialis*; I.II Il dott. Konrad Pfitscher, oltre ad essere il Presidente del Consiglio di amministrazione ed amministratore delegato di Enerpass S.p.A., rivestirebbe – dal mese di maggio dell’anno 2005 – la carica di Sindaco del Comune di S. Leonardo in Passiria e sarebbe, inoltre, membro del Consiglio di amministrazione di S.E.L. S.p.A. - azionista di maggioranza di Enerpass S.p.A.- il cui capitale è per il 93,88% della Provincia autonoma di Bolzano e per il residuo 6,12% di proprietà di Selfin S.r.l., costituita dall’unione di 102 comuni dell’Alto Adige e di 4 Comunità comprensoriali. Inoltre, l’ing. Siegfried Tutzer, membro della Commissione tecnica, sarebbe, altresì, Direttore generale dell’Azienda energetica S.p.a., azionista di Enerpass S.p.a. I.III L’ing. Georg Fischnaller, progettista dell’intervento appaltato, avrebbe fatto parte della Commissione di gara.

In riferimento alle suddette censure, la ricorrente incidentale, che chiede in via principale l’annullamento delle deliberazioni della Commissione di gara del 9.10.2006 e della Commissione tecnica del 5.10.2006 e 9.10.2006 limitatamente alla mancata esclusione della ricorrente principale Euro Green S.r.l. ed all’attribuzione di un punteggio alla stessa, e, in subordine, che venga dichiarata la carenza di interesse all’impugnazione, deduce, in particolare, che “*gli aspetti relativi alla composizione della Commissione di gara sono ... disciplinati esclusivamente dalla normativa provinciale*

vigente (L.P. n. 6/1998)” che non prevede divieti della specie, e che, alla luce della dichiarazione di illegittimità costituzionale dei commi 2, 3, 8 e 9 dell’art. 84 ad opera della sentenza della Corte Costituzionale 19-23 novembre 2007, la censura sarebbe oltretutto inammissibile.

La resistente Enerpass S.p.a., a sua volta, deduce sia l’esclusiva applicabilità, al caso in esame, della normativa provinciale, espressamente richiamata dall’art. 7 del capitolato speciale, sia l’inapplicabilità dell’art. 21, comma 5, della legge n. 109/1994, ora art. 84 (commi 4 e 5) del d.lgs. n. 163/2006.

Entrambe le suddette imprese contestano, comunque, l’effettiva sussistenza dei lamentati motivi di incompatibilità.

In via preliminare, il Collegio ritiene necessario riepilogare sinteticamente il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Si premette che il contenzioso di cui al presente ricorso riguarda una gara ad evidenza pubblica, di importo a base d’asta sotto soglia comunitaria, per l’affidamento di lavori pubblici, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, consistenti nell’esecuzione dei lavori dell’”*opera di presa*” dell’”*impianto idroelettrico del Passirio*”.

Lo statuto speciale per il Trentino - Alto Adige (approvato con D.P.R. 31.8.1972, n. 670), nello stabilire le funzioni delle Province (di Trento e Bolzano), all’art. 8 attribuisce alle stesse “*la potestà di emanare norme legislative entro i limiti indicati dall’art. 4, nelle seguenti materie: ... 17) ... lavori pubblici di interesse provinciale*”.

In base al richiamato art. 4, la potestà legislativa primaria deve essere esercitata “*in armonia con la Costituzione ed i principi dell’ordinamento*

giuridico della Repubblica e con il rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali – tra i quali è compreso quello della tutela delle minoranze linguistiche locali – nonché delle norme fondamentali delle riforme economico - sociali della Repubblica”.

Il legislatore statale, con il D.lgs. 12.4.2006, n. 163, ha codificato in un unico testo la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, attesa la necessità di attuare nell’ordinamento statale le prescrizioni sancite a livello comunitario (direttive n. 2004/17/Ce e n. 2004/18/Ce, entrambe dd. 31.3.2004).

In particolare, il regime delle competenze legislative dello Stato, delle Regioni e delle Province autonome è disciplinato dall’art. 4 del D.lgs. n. 163/2006 che, al comma 1, stabilisce che *“le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato”* e che, al successivo comma 2, dispone che *“relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente codice, in particolare, in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro”*.

In base alla previsione del suddetto comma 2, pertanto, nelle materie oggetto di competenza legislativa concorrente della Provincia autonoma di

Bolzano non vanno osservate tutte, indistintamente, le disposizioni contenute nelle norme statali, bensì vanno, più propriamente, rispettati i principi fondamentali in esse enunciati (cfr. Corte Cost. 7 novembre 1995, n. 482).

La giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione, intervenendo sul riparto della potestà legislativa fra Stato e Regioni, sancita dalla legge costituzionale 18.10.2001, n. 3 (che distingue fra legislazione esclusiva, concorrente e residuale), ha affermato che la mancata inclusione dei “*lavori pubblici*” nell’elencazione contenuta nel novellato art. 117 della Costituzione (nella precedente stesura dell’art. 117 era espressamente prevista la materia dei “*lavori pubblici di interesse regionale*”) non implica che essi siano ora oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni, trattandosi di “*ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti*” (cfr. Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303; 19 luglio 2005, n. 285; 7 luglio 2005, n. 270).

Nella disciplina degli appalti pubblici, dunque, si profila un’interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale che, tuttavia “*si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto*”, ma con la “*prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal d.lgs. n. 163/2006*” (cfr. Corte Cost. 3-17 dicembre 2008, n. 411).

In altri termini, tutti quegli ambiti che presentano una specifica connessione con le materie contemplate nell'art. 117, comma 2, della legge costituzionale n. 3 del 2001, non possono che essere ricondotti alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Il giudice delle leggi ha anche precisato che il principio della “*materia non materia*” dei lavori pubblici è estensibile all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione, ivi compresi i servizi e le forniture, e che, anche la stessa suddetta attività contrattuale non può identificarsi in una materia a sé, essendo inerente alle singole materie sulle quali essa si esplica (cfr. Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401).

Consegue che i suddetti ambiti di legislazione possono di volta in volta essere ascritti a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti e che, pertanto, si può pervenire a stabilire l'ambito materiale di collocazione delle singole disposizioni solo in seguito all'esame del contenuto precettivo delle stesse.

Per giurisprudenza ormai pacifica della Corte Costituzionale, sussiste la competenza esclusiva del legislatore statale nella materia trasversale della “*tutela della concorrenza*” (che coinvolge le procedure di affidamento – c.d. fase pubblicistica) e nella materia dell’*ordinamento civile*” (che riguarda la fase della stipulazione ed esecuzione del contratto – c.d. fase privatistica) (cfr., *ex multis*, Corte Cost. 15 novembre 2004, n. 345; 14 dicembre 2007, n. 431; 3-17 dicembre 2008, n. 411).

Un tanto in conformità a quanto stabilito dall'art. 117, lettere e) ed l) della Costituzione (come novellato dalla legge costituzionale n. 3/2001) che riserva espressamente alla potestà legislativa esclusiva dello Stato le materie

della “*tutela della concorrenza*” e dell’“*ordinamento civile*”.

Ancora più esplicitamente la Corte, nel giudizio di legittimità costituzionale riferito alla legge regionale 7.8.2007, n. 5 della Regione Sardegna, nell’affermare che alla materia dei lavori pubblici di interesse regionale, cui lo statuto speciale attribuisce una competenza legislativa primaria, non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed all’esecuzione del rapporto contrattuale, ha precisato che l’art. 4, comma 5, del D.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui stabilisce che “*le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione*”, impone “*anche alle Regioni ad autonomia speciale (in assenza di norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti) di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso*” (cfr. Corte Cost. 3-17 dicembre 2008, n. 411).

Pertanto, per quanto attiene alla “*tutela della concorrenza*” ed all’“*ordinamento civile*”, la Corte ha affermato la potestà legislativa esclusiva dello Stato ed il conseguente obbligo di adeguamento che, per quanto riguarda la Provincia autonoma di Bolzano, è disciplinato dall’art. 2 del d.lgs. 16.3.1992, n. 266.

L’art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel disporre che “*le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione*”, sancisce, invero, una clausola di salvaguardia, in linea con l’art. 2 del citato d.lgs. n. 266 del 1992, secondo il

quale l'emanazione di nuove norme statali non determina una diretta abrogazione di leggi provinciali preesistenti, ma solo un obbligo di adeguamento entro i sei mesi successivi alla pubblicazione dell'atto legislativo statale nella Gazzetta Ufficiale o nel più ampio termine da esso stabilito, fermo restando che, nel frattempo, rimangono applicabili le disposizioni legislative regionali e provinciali preesistenti.

Quanto sopra, evidentemente, qualora esista già, come nel caso di specie, una normativa provinciale di settore, altrimenti dovendosi fare riferimento alla disposizione, di diverso tenore, di cui all'art. 105 dello statuto speciale.

Un tanto esposto, la questione che viene anzitutto in evidenza in riferimento al primo motivo di impugnazione del presente ricorso è quella di individuare l'ambito di potestà legislativa (esclusiva, concorrente o residuale) al quale devono ricondursi le disposizioni di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006.

In sostanza, si tratta di stabilire se le previsioni dei commi 4 e 5, che prevedono fattispecie di incompatibilità per i componenti della Commissione giudicatrice nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, debbano essere ricondotte a materie di competenza esclusiva statale, per le quali vige l'obbligo di adeguamento della normativa provinciale ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 266 del 1992.

A parere del Collegio, le disposizioni di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 costituiscono “regole”, piuttosto che “*principi fondamentali*”, attinenti, *lato sensu*, all'organizzazione amministrativa (cfr. ord. T.A.R. Lecce, Sez. III, 16.6.2008, n. 1787).

Esse, infatti, non incidono sui valori tutelati dal diritto comunitario degli appalti, *id est*, concorrenza e parità di accesso alle procedure ad evidenza pubblica, e l'ambito di rilevanza delle stesse si profila esclusivamente interno allo Stato membro.

Sia la L.P. 17.6.1998, n. 6 "*Norme per l'appalto e l'esecuzione dei lavori pubblici*", sia la L.P. 22.10.1993, n. 17 (art. 6) nulla prevedono in ordine ad eventuali incompatibilità della specie.

Inoltre, questo Tribunale ha già avuto modo di affermare che l'art. 21, comma 5, della legge n. 109/1994 non trova applicazione nella provincia autonoma di Bolzano (cfr. T.R.G.A. Bolzano, 7.2.2006, n. 53 e 6.6.2002, n. 281).

Ebbene, l'art. 84, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 163/2006, riproduce, con lievi modifiche, il contenuto dell'art. 21, comma 5, della legge n. 109/1994.

Escluso, evidentemente, che le previsioni dei commi 4 e 5 possano ricondursi alla materia dell'"*ordinamento civile*" - che attiene alla c.d. fase privatistica della stipulazione ed esecuzione del contratto - va osservato che, per quanto attiene alla materia trasversale della "*tutela della concorrenza*", essa si concretizza, soprattutto, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi (art. 3, paragrafo 1, lettere c e g; art. 4, paragrafo 1; artt. da 23 a 31; artt. da 39 a 60 del Trattato istitutivo della Comunità europea, del 25.3.1957).

Invero, la Corte Costituzionale ha già affermato l'illegittimità costituzionale dell'art. 84, commi 2, 3, 8 e 9, nella parte in cui, per i contratti inerenti a

settori di competenza regionale, non prevede che le norme in esso contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire (cfr. Corte Cost. 19-23 novembre 2007, n. 401).

Un tanto in considerazione del fatto che gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara.

Analogo discorso, a parere del Collegio, vale per quanto attiene ai commi 4 e 5 dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006.

Alla luce di quanto esposto è manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale, eccepita in via subordinata dalla ricorrente principale, dell'art. 29 della L.P. n. 6/1998 in riferimento all'art. 117 della Costituzione, *“per contrasto con il riparto di competenze sancito dalla Carta Costituzionale”*.

Con il secondo motivo di impugnazione la ricorrente principale lamenta, inoltre, violazione di legge riferita all'art. 3 della legge 7.8.1990, n. 241 ed eccesso di potere sotto i profili del difetto di motivazione e di istruttoria nonché la violazione dei principi generali in materia di verbalizzazione.

Le censure sono infondate.

Va anzitutto precisato che, in linea di principio, le valutazioni espresse dalla Commissione tecnica attengono alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione, che, in quanto tale, è sottratta al sindacato del giudice

amministrativo se non sotto i profili della manifesta illogicità ed irrazionalità; si tratta, dunque, di profili che non incidono nella sfera di autonomia decisionale della pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14.4.2004, n. 2114, 14.2.2002, n. 882; T.R.G.A. Bolzano 7.2.2006, n. 53 e 15.6.2004, n. 297).

Nel caso di specie, la valutazione è stata espressa in punteggi, in base alle previsioni del Capitolato condizioni, Capo I e Capo III.

Secondo costante giurisprudenza, la valutazione espressa in punteggi non richiede alcuna ulteriore motivazione, posto che il giudizio si esterna *ex se* nella graduazione del punteggio assegnato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4.5.2004, n. 2742; T.R.G.A. Bolzano, 7.2.2006, n. 53 e 17.7.2002, n. 348).

Peraltro, dalla tabella allegata al verbale della Commissione tecnica risulta che, oltre alla valutazione in numeri, è stata comunque fornita anche una, seppur sintetica, motivazione della valutazione.

In conclusione, il ricorso principale è infondato e, come tale, va rigettato.

Va, altresì rigettata la domanda di risarcimento danni.

Il ricorso incidentale va, conseguentemente, dichiarato improcedibile.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese che vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio, che si

liquidano in €5.000,00 (cinquemila/00) in favore della Enerpass S.p.a. ed in €5.000,00 (cinquemila/00) in favore della P.A.C. S.p.a., oltre IVA e CAP come per legge, in entrambi i casi.

Nulla per le spese per la Edilpassiria S.r.l. e per Schiefer Alfred non costituiti.

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

Così deciso in Bolzano, nella camera di consiglio del 28.1.2009.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Marina ROSSI DORDI

Terenzio DEL GAUDIO

/br/