

sentenza depositata

29.1.2009

N. 30/2009 Reg. Sent/Urt.

Urteil hinterlegt

Nr. 301/2008 Reg. Ric./Rek.

REPUBBLICA ITALIANA

REPUBLIK ITALIEN

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IM NAMEN DES ITALIENISCHEN VOLKES

Tribunale Regionale di Giustizia

Verwaltungsgericht

Amministrativa

Autonome Sektion für die Provinz Bozen

Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano

costituito dai magistrati:

in folgender Zusammensetzung:

Presidente,

Marina ROSSI DORDI

Präsident,

Consigliere,

Anton WIDMAIR

Gerichtsrat,

Consigliere relatore,

Hans ZELGER

Gerichtsrat, Berichterstatter,

Consigliere,

Terenzio DEL GAUDIO

Gerichtsrat,

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso iscritto al n. **301** del registro ricorsi **2008**,

presentato da

LADURNER SPA, in persona del legale rappresentante Ing. Lukas Ladurner, rappresentata e difesa dall' avv. Arthur Frei, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Bolzano, Galleria Vintola, 17, giusta delega a margine del ricorso, - **ricorrente** -

c o n t r o

ECOCENTER SPA, in persona del legale rappresentante Konrad Ausserer, rappresentata e difesa dall'avv. Manfred Schullian, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Bolzano, Viale Stazione, 5, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

- **resistente** -

e nei confronti

ATZWANGER SPA, in persona del legale rappresentante Paul Atzwanger e **CEIF soc. coop.**, in persona del legale rappresentante Alberto Bonamici, rappresentate e difese dagli avv.ti Gerhard Brandstätter e Walter Greifenegg, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi in Bolzano, Via dott. Streiter, 12, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

- controinteressate -

per l'annullamento

- 1) della comunicazione dell'Ecocenter S.p.a prot. n. 95446 del 10.10.2008 avente per oggetto: Depuratore di Bolzano – Realizzazione della nuova stazione di cogenerazione – esclusione della Ladurner Spa dalla gara;
- 2) del capitolato condizioni, *in parte qua*;
- 3) dell'aggiudicazione all'ATI Atzwanger Spa – Ceif. Soc. Coop., e contratto eventualmente stipulato, non conosciuto;
- 4) dell'offerta dell'ATI Atzwanger Spa – Ceif Soc. Coop., non conosciuta.

Visto il ricorso notificato il 29.10.2008 e depositato il 29.10.2008 con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ecocenter S.p.a del 3.11.2008 e dell'ATI Atzwanger AG - Ceif Soc. Coop. del 3.11.2008;

Visto il verbale della camera di consiglio del 4.11.2008, in cui la trattazione dell'istanza cautelare è stata rinviata all'udienza di merito del 14.1.2009;

Viste le memorie prodotte;

Visti tutti gli atti di causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 14.1.2009 il consigliere Hans Zelger ed ivi sentiti l'avv. A. Frei per la ricorrente, l'avv. U. Oberhammer, in sostituzione dell'avv. M. Schullian, per la Ecocenter S.p.a. e l'avv. W. Greifenegg per l'ATI Atzwanger S.p.a. - Ceif Soc. Coop.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Sono impugnati i provvedimenti, meglio specificati in epigrafe, a seguito dei quali la ricorrente è stata esclusa dalla gara per la realizzazione della nuova stazione di cogenerazione del depuratore di Bolzano.

Vengono dedotti i seguenti motivi di impugnazione:

1. Violazione della *lex specialis* di cui al capitolato d'appalto; Eccesso di potere per contraddittorietà con provvedimenti precedenti della stessa Amministrazione; travisamento dei fatti; violazione dell'art. 7 della legge provinciale n. 17/1993 per motivazione insufficiente.
2. Violazione degli artt. 81, 82 e 83 del D. lgs. N. 163/2006, nonché dell'art. 90 del D.P.R. 554/99; eccesso di potere per illogicità manifesta.

La Ecocenter Spa e la controinteressata ATI si sono costituite in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso, siccome infondato.

All'udienza pubblica del 14 gennaio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il dispositivo di sentenza è stato depositato in segreteria ai sensi dell'art. 23 bis, comma 1, lett. B, legge 6/12/1971 n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della legge n. 205 del 21.7.2000), il giorno 20 gennaio 2009.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Con il primo motivo la ricorrente si duole della violazione della *lex specialis* da applicare per l'appalto, oggetto della gara in esame. Essa censura l'esclusione dalla gara essendo l'Amministrazione incorsa in eccesso di potere per contraddittorietà con provvedimenti precedenti della stessa Amministrazione nonché per travisamento dei fatti e per violazione dell'art. 7 della legge provinciale n. 17/1993 per motivazione insufficiente.

Essa sarebbe stata esclusa per il fatto di non aver indicato per la posizione 02.03.03.02.01 il prezzo unitario; fatto che non avrebbe permesso alla stazione appaltante di calcolare con esattezza la somma globale dell'offerta economica.

All'uopo fa presente che la posizione predetta sarebbe relativa ad un semplice tubo del valore complessivo di ca. 20 €. Tale prezzo unico non sarebbe stato indicato neanche nel computo metrico estimativo, allegato essenziale del progetto esecutivo e consegnato alla ricorrente (in forma di documento "tabella Excel") per la conferma rispettivamente per la possibilità di modifica dei prezzi unitari in sede di compilazione dell'offerta stessa.

La *lex specialis* non comminerebbe l'esclusione dalla gara per il solo caso della omissione dell'indicazione del predetto prezzo unico, dato che anche nello stesso progetto, cioè nel computo metrico estimativo, non sarebbe stato evidenziato tale prezzo unitario e dato che la stazione appaltante non avrebbe dichiarato, nel provvedimento che ha comportato l'esclusione, che tale tubo del valore di ca. 20 € sarebbe indispensabile per la realizzazione dell'opera (costo complessivo preventivato di €1.527.371,54).

Le censure convincono.

Il Collegio concorda con le parti resistenti che la *lex specialis* prevedeva l'esclusione di un offerente dalla gara in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità dell'offerta o di uno qualsiasi dei documenti richiesti.

Però, l'applicazione di tale previsione deve essere vagliata ed interpretata nel senso che l'errore commesso dal concorrente sia tale da comportarne l'esclusione, e ciò in quanto anche il principio della tutela del pari trattamento tra i partecipanti si sottrae a rigorosi automatismi interpretativi ed esige piuttosto un'applicazione ragionevole, ponderata sulla base degli altri interessi in conflitto e, soprattutto, sempre coerente con il parallelo ed equiordinato canone di proporzionalità (*Consiglio Stato, sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6347*).

Nel caso di specie è stata la stessa stazione appaltante a creare una situazione che ha indotto la ricorrente a commettere l'irregolarità o, meglio, la mancanza, fornendo, appunto, in forma di tabella *Excell* un computo metrico estimativo che non conteneva la voce del prezzo unitario di cui alla voce 02.03.03.02.01.

L'amministrazione resistente e la commissione di gara, inoltre, non hanno accertato la rilevanza essenziale dell'elemento per il quale non è stato indicato il prezzo unitario.

Inoltre, non è stato provato che tale elemento (del valore di €20 come dichiarato dalla ricorrente ovvero di €83 come risulta dall'offerta della controinteressata) sia stato considerato nell'importo di base d'asta, cioè nell'importo di €1.527.373,54.-, non essendo stato previsto, appunto nel computo metrico estimativo.

La stazione appaltante non ha fornito, nei provvedimenti che hanno sancito l'esclusione della ricorrente, congrue motivazioni in ordine alla pretesa rilevanza essenziale della mancanza, incompletezza o irregolarità riscontrata, ovvero, in altre parole, non ha rilevato che l'elemento in discussione sarebbe necessario ed indispensabile per la realizzazione dell'opera o che sia concretamente riscontrabile una carenza essenziale del suo contenuto. In effetti, l'incompletezza della documentazione presentata dalla ricorrente non riguarda un dato essenziale dell'offerta e, quindi, non sono state violate previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali

dell'Amministrazione o a protezione della *par condicio* tra i concorrenti (C.S. 22.6.2006 n. 3703 e 22.4.2004 n. 2321).

Per queste considerazioni e valutando i motivi di esclusione sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, nonché tenendo presente il principio diretto alla massima partecipazione delle imprese ed alla apertura della concorrenza, il ricorso merita accoglimento, in relazione ai provvedimenti amministrativi che hanno comportato l'esclusione della ricorrente dalla gara e l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI controinteressata.

Si può quindi prescindere dall'esame dei rimanenti motivi di impugnazione.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma di Bolzano - disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, **accoglie** il ricorso ed annulla i provvedimenti amministrativi che hanno comportato l'esclusione della ricorrente dalla gara e l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI controinteressata.

Condanna le parti soccombenti a rifondere alla ricorrente le spese del presente giudizio, che si liquidano in Euro 5.000,00 (cinquemila) a carico della Ecocenter S.P.A. ed in Euro 2.000,00.- (duemila) a carico dell'ATI controinteressata, oltre IVA, CAP, e contributo unificato, come per legge.

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

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

IL PRESIDENTE - DER PRÄSIDENT

Marina ROSSI DORDI

/cc/br/mg