

N. 05525/2010 REG.SEN.  
N. 00399/2010 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 Amministrativo Regionale per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 399 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Farid Industrie S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Brunetti, Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso Giuseppe Duca in Venezia, S. Croce, 266;

***contro***

Amia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Biondaro, Giorgio Pinello, con domicilio eletto presso Giorgio Pinello in Venezia, San Polo, 3080/L;

***nei confronti di***

Inco Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR;

***per l'annullamento***

del provvedimento AMIA spa, di invito della controinteressata alla gara informale per la fornitura, per lotti separati, di attrezzature compattanti per RSU da installare su autotelai di proprietà della S.A. - Lotto 1 n. 10 attrezzature 10 mc su IVECO Eurocargo PTT 12 ton; lotto 2 n. 8

attrezzature 23 2 mc su Iveco Stralis PTT 26 ton.; del provvedimento AMIA con il quale la controinteressata è stata ritenuta in possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o negoziata previo bando; e con atti di motivi aggiunti dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva dell'appalto; dei verbali di gara; della delibera a contrarre, nella parte in cui prevede i sistemi di selezione degli operatori e i criteri delle offerte, nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Amia Spa e di Inco Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 settembre 2010 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti l'avv.to Brunetti per la società ricorrente, l'avv.to Biondaro per la Amia S.p.A. e l'avv.to Quarneti, in sostituzione dell'avv.to Cacciavillani per la Inco S.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con determinazione 1 dicembre 2009 n.225 l'AMIA di Verona, società pubblica interamente partecipata dal comune di Verona, indiceva gara informale ex art.57 Codice Appalti senza bando per l'acquisizione di 6 autotelai del tipo Iveco Eurocargo PTT 12 ton. E 5 autotelai di tipo Iveco Stralis PTT 26 ton., destinati ad accogliere le attrezzature per lo stoccaggio e il compattamento mobile dei rifiuti solidi urbani, in previsione dell'avvio del

sistema di raccolta differenziata porta a porta nei comuni di S. Giovanni Lupatoto, Verona e Villafranca di Verona.

In via preliminare deve essere respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione avanzata dalla resistente, attesa la funzionalizzazione dell'attività di raccolta rifiuti come pertinente a pubblico servizio, il che consente, come noto, di prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto (cfr. Tar E. Romagna, Parma, 315/07, laddove si evidenzia che il richiamo al Codice degli appalti è di per sè sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, unitamente all'espressione di appalto pubblico di fornitura, ex art.244 del Codice stesso: l'Adunanza Plenaria n.9 del 2004 ha difatti affermato che il criterio formale sarebbe idoneo, da solo, a radicare la ridetta giurisdizione.)

Con la prima doglianza la ricorrente censura non già la scelta effettuata dall'amministrazione di procedere ex art.57 mediante procedura negoziata, che condurrebbe alla declaratoria di inammissibilità avendo la stessa partecipato alla gara, bensì l'ammissione della ditta aggiudicataria, non ritenendola rientrare in quella categoria di "primaria ditta del settore", contrariamente a quanto specificamente previsto dal disciplinare, da valere dunque quale autolimita vincolante l'AMIA

Inoltre in violazione dell'art.57 non risulterebbero esplicitate – quantomeno, ove siano state svolte- quelle indagini di mercato finalizzate alla individuazione della qualificazione tecnica e della capacità delle ditte da invitare.

Sotto altro profilo non sarebbe stata neppure effettuata quella verifica del possesso, in capo alla controinteressata, dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura a evidenza pubblica.

E quindi sarebbe illegittimo il disciplinare laddove si limita a prevedere che i concorrenti invitati comprovino esclusivamente il possesso dei requisiti di onorabilità previsti dall'art.38 del D.Lgs. n.163/06.

La censura è infondata.

L'urgenza, ove effettivamente sussistente e non derivata dalla pregressa inerzia dell'amministrazione, è sufficiente causa giustificativa della mancata attivazione della procedura di indagine volta ad acquisire le richieste informazioni sulle imprese operanti nel settore da invitare .

Conseguentemente, la previsione dell'imminente avvio del sistema di raccolta rifiuti "porta a porta" legittimava la stazione appaltante, in astratto, alla scelta effettuata.

Sotto altro profilo, è infondata anche la doglianza relativa all'assenza, in capo alla controinteressata, dei prescritti requisiti di capacità tecnica; risulta difatti che le ditte invitate siano tutte operatori del settore, con precedenti affidamenti di macchinari a pubbliche amministrazioni, seppure, come la INCO, localizzate prevalentemente in determinate realtà territoriali, non potendosi attribuire, peraltro, alla locuzione "primarie ditte del settore" altro significato se non quello di prevedere l'invito nei confronti di imprese note, vale a dire già operanti sul mercato specifico nel campo delle pubbliche forniture.

La ricorrente, con secondo gruppo di doglianze, censura poi l'offerta della INCO, ritenendo il campione proposto del tutto inadatto, in quanto determinante lo sfioramento dei carichi massimi ammessi sugli assi per come indicati dalla casa costruttrice dell'autotelaio.

Anche tale censura non può trovare accoglimento.

A prescindere dalla qualificazione della censura come impingente nel merito valutativo di piena competenza della Commissione di gara, e, ulteriormente,

dagli accertamenti superlocali effettuati in sede di prove su strada, ove davvero la soluzione proposta dall'aggiudicataria comportasse la violazione dei carichi massimi ammessi sugli assi come indicati dall'IVECO, sarebbe vietata da quest'ultima la circolazione dei veicoli, il che appare del tutto da escludere.

Ancora, osserva tuttavia la ricorrente, se anche fosse ammissibile l'attrezzatura proposta, vi sarebbe un'illegittima attribuzione del punteggio, pari a quello conseguito dalla ricorrente, a fronte tuttavia non di un prototipo, quale parrebbe essere quello della INCO, bensì di un'attrezzatura realizzata in oltre 100 esemplari e in possesso dunque di comprovati requisiti di affidabilità e durata.

Anche questa censura non coglie nel segno.

Risulta difatti che l'attrezzatura offerta sia commercializzata, sicchè è plausibile che la valutazione tecnica sia la medesima rispetto a quella conseguita dalla ricorrente, come è pure plausibile che la soluzione tecnica prescelta, che ha comportato la possibilità di offerta più economica, conduca altresì a ottenere la valutazione potiore in entrambe le tipologie di tonnellaggio.

Quanto alla doglianza relativa alla mancata effettuazione della verifica di anomalia, ex art. 86 del Codice Appalti, la stessa è stata effettuata e non rileva che sia stata una diversa commissione, detta valutativa, ad aver effettuato la detta verifica.

Con un diverso gruppo di motivi la ricorrente, in via subordinata, mira alla demolizione integrale della procedura di gara.

Anzitutto deduce l'illegittimità della disposizione contenuta nella lex specialis in base alla quale l'apertura delle buste sarebbe dovuta avvenire in seduta riservata.

Il motivo è fondato.

La giurisprudenza non è univoca sul punto.

Per esempio il Consiglio di Stato, sez.V, con la decisione n.6311/09 ha affermato:

“Tanto premesso, l’apertura in seduta riservata era avvenuta ex art. 6 del disciplinare di gara: i principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della commissione di gara non sono assoluti, ma derogabili dalla “lex specialis”, la quale, ove trattisi di gara svolta con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere la valutazione in seduta riservata dell’offerta tecnica e, per esigenze di economicità della procedura, anche che tanto sia effettuato previa apertura delle relative buste nel corso della seduta stessa: l’obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell’apertura dei plichi contenenti la documentazione e l’offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche (cfr. Cons. Stato, sez. V, dec. 11 maggio 2007 n. 2355).

E riguardo all’apertura dell’offerta economica, non esiste alcuna regola espressa, e nemmeno alcuna pronuncia della Corte di Giustizia, circa l’obbligo incondizionato delle stazioni appaltanti di assicurare sempre la pubblicità di tale operazione, che può avvenire in seduta non pubblica qualora la gara comporti, come nel caso del metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, una comparazione di più fattori (cfr. Cons. Stato, sez. V, dec. 27 aprile 2006 n. 2370).”

Va tuttavia osservato che, anche accogliendo questa tesi minimale (contra Tar Lombardia, sez.I, n.11/2010 che ha esteso l’ambito di applicazione del principio della pubblicità delle gare pubbliche a qualsiasi tipo di gara e anche all’apertura delle buste contenenti l’offerta tecnica e quella economica), nella

specie almeno la apertura del plico contenente le buste - documentazione amministrativa, offerta tecnica, offerta economica- sarebbe dovuta avvenire in seduta pubblica, e ciò a prescindere dall'espressa dizione contraria contenuta nella lex specialis.

A conforto della tesi espressa dal Consiglio di Stato può oggi portarsi il disposto dello SCHEMA DI REGOLAMENTO DI ESECUZIONE E ATTUAZIONE DEL DECRETO LEGISLATIVO 12 APRILE 2006, N. 163, RECANTE "CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E FORNITURE IN ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE 2004/17/CE e 2004/18/CE.", in corso di pubblicazione, secondo il quale sub Art.119, "Aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari", al comma 6 si legge che "L'autorità che presiede la gara, in seduta pubblica, apre i plichi ricevuti e contrassegna ed autentica i documenti e le offerte in ciascun foglio e le eventuali correzioni apportate nel modo indicato nel comma 5, legge ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale e procede, sulla base dei ribassi espressi in lettere, secondo quanto previsto dall'articolo 121.", laddove, invece sub art.120 "Offerta economicamente più vantaggiosa - Commissione giudicatrice", al comma 2 si legge che " In una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando, i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato G. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'articolo 121."

Dunque la seduta riservata pare limitata alla sola verifica dell'offerta tecnica, richiedendosi per l'offerta economica e per la verifica della sussistenza nel plico delle tre buste – amministrativa, tecnica economica – la seduta pubblica. Il ricorso va pertanto accolto, con assorbimento delle restanti doglianze in punto di demolizione integrale della procedura di gara, e conseguente annullamento della stessa.

Va peraltro rilevato come, atteso l'avvenuto completamento della fornitura, ed essendo conseguentemente imprevedibile la reintegrazione in forma specifica, residui in capo alla ricorrente la proponibilità della domanda risarcitoria per equivalente, ove ne sussistano i presupposti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

#### **Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)**

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l'effetto annulla la procedura di gara nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la resistente amministrazione al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, liquidate in euro 5000,00-cinquemila/00.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' \_\_\_\_\_ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

---

---

---

IL FUNZIONARIO