

ÈrO

N. 05267/2010 REG.SEN.
N. 02234/2009 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 2234 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Cesaro Mac Import S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Pavanini, con
domicilio eletto presso Andrea Pavanini in Venezia, Santa Croce, 205;

contro

Ecoprogetto Venezia S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Mario Barioli, con
domicilio eletto presso Mario Barioli in Venezia-Mestre, via Torino, 151/C;
Veritas S.p.A.;

nei confronti di

Ladurner Ambiente S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Annamaria Tassetto,
Franco Zambelli, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre,
via Cavallotti, 22;

per l'annullamento

degli atti della procedura negoziata per il revamping dell'impianto di compostaggio in c.d.r. di Fusina, ed in particolare: del bando di gara ai sensi dell'art. 57 R.D. lgs 163/2006; della lettera di invito 16.6.2008 prot. 409; nonchè di ogni atto annesso connesso e presupposto..

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ecoprogetto Venezia S.r.l. e di Ladurner Ambiente S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ditta Cesaro Mac Import S.r.l. di Eraclea, operante nel settore della produzione e commercializzazione di impianti per il trattamento dei rifiuti e la produzione di combustibile da rifiuti (C.D.R.), denunciando, in primis, di non essere stata invitata, ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva, di tutti gli atti relativi alla procedura negoziata ex art. 57 del D.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., indetta dalla società Ecoprogetto Venezia nel giugno del 2008, per l'affidamento dell'appalto integrato di lavori funzionali alla riconversione dell'impianto di compostaggio, esistente nel Polo ambientale integrato di Fusina, in impianto di produzione di C.D.R., da affiancare a quello già funzionante.

Appalto che la ditta Ladurner S.p.a., società specializzata nella progettazione, costruzione e gestione di impianti in campo ambientale, si è aggiudicata per un

importo complessivo di circa 18.000.000,00 di Euro, giusta delibera del C.d.A. di Ecoprogetto S.p.a. in data 1.8.2008.

Più precisamente, la società ricorrente, che dichiara di aver avuto contezza dell'esistenza della procedura negoziata soltanto in data 6.8.2009, a seguito di istanza di accesso agli atti riscontrata da Ecoprogetto, contesta la violazione, da parte della stazione appaltante, del citato art. 57 del D.lgs. n. 163/2006 e del principio di libera concorrenza, eccependo l'insussistenza, in capo alla ditta Ladurner S.p.a., dei presupposti tecnici in base ai quali si è addivenuti all'affidamento dell'appalto mediante procedura negoziata (e, cioè, la titolarità di 8 brevetti, concernenti procedimenti e dispositivi per il trattamento/compostaggio dei rifiuti) e, in ogni caso, la non pertinenza e/o l'irrilevanza dei brevetti de quibus rispetto all'impianto oggetto della commessa.

In particolare lamenta il difetto di una congrua istruttoria e l'assenza di una qualsivoglia motivazione "che giustifichi il ricorso ad un'unica tecnologia" per la produzione di C.D.R. (per la precisione, quella a "Biocelle Herof" fornita in esclusiva da Ladurner), invocando l'annullamento degli atti impugnati e l'esperimento di procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dell'appalto in luogo della procedura negoziata esperita.

Con motivi aggiunti la ricorrente, alla luce della documentazione versata in atti, deduce che la violazione dei precetti normativi in tema di scelta del contraente sarebbe ulteriormente confermata dall'impostazione tecnica e formale quasi precostituita della procedura seguita, come emergerebbe dalla tempistica degli atti adottati - spedizione delle lettere di invito antecedente all'adozione della deliberazione del Consiglio di Amministrazione - secondo cui la decisione sulla procedura, anziché il presupposto, ne costituirebbe la conseguenza.

La circostanza sarebbe sintomatica dell'eccesso di potere in cui sarebbe caduta la resistente.

Con un secondo ordine di censure, viene lamentato che l'istruttoria tecnica svolta rappresenterebbe una semplice espressione di libere opinioni personali del Prof. Baruchello, costruita sulla base di semplici informazioni liberamente raccolte e non invece sulla base di dati oggettivi e documentati.

Insiste la ricorrente nel rimarcare l'inconferenza dei brevetti posti a base della procedura negoziata, circostanza non adeguatamente valutata sul piano tecnico dall'esperto incaricato.

Né l'istruttoria avrebbe considerato la qualità del CDR, imposta normativamente, e l'aspetto economico dei costi realizzativi della riconversione dell'impianto, denotando così carenza e superficialità.

In altre parole la necessità di mantenere la tecnologia in atto sarebbe indimostrata. L'attestazione SOA in possesso di Cesaro che abilita la stessa alla progettazione ed esecuzione di impianti di trattamento rifiuti, sarebbe stata invece sufficiente ad indurre la stazione appaltante per scegliere una procedura concorsuale ad evidenza pubblica.

Da ultimo la ricorrente, attraverso una scomposizione delle voci di progetto, giunge alla conclusione che, in ogni caso, le opere coperte da privativa inciderebbero per il 27% sul totale dell'appalto e che, pertanto, la scelta di seguire la procedura negoziata per tutto l'intervento si dimostrerebbe ancor più ingiustificata.

Con ulteriore atto di motivi aggiunti veniva impugnato il verbale dell'assemblea dei soci 26 febbraio 2008 evidenziando l'inidoneità dello stesso a giustificare l'omissione della gara del bando, non sussistendo alcuna motivazione in esso rinvenibile riferibile alla infungibilità della tecnologia coperta da brevetto.

Con un terzo atto di motivi aggiunti veniva dedotta l'illegittimità delle delibere assunte dal consiglio d'amministrazione dell'8 e 26 febbraio 2008 per violazione dell'articolo 57 del decreto legislativo numero 163 del 2006 sotto i seguenti profili:

perché le decisioni in nessun modo risultano giustificate sotto il profilo tecnico giuridico con una verifica preliminare sulla consistenza delle privativa industriale, risultando piuttosto motivate con l'opportunità di sfruttare la possibilità di non fare la gara come consentito in presenza delle condizioni indicate dai consulenti legali;

perché in realtà ciò che appare è che il consiglio di amministrazione fosse obbligato per ragioni indipendenti da patti stipulati con i partner privati in Ecoprogetto a utilizzare la relativa tecnologia;

perché quindi la giustificazione della mancata pubblicazione del bando e l'esperimento della gara non risiede in alcuno dei presupposti riconducibili all'articolo 57, bensì esclusivamente in un patto contrattuale stipulato in violazione delle regole sulla concorrenza;

perché anche la pretesa di dimostrare a posteriori la copertura dei brevetti sulla ristrutturazione dell'impianto mediante produzione di una relazione di analisi da parte di una società specialista in proprietà industriale dimostra l'insussistenza ex ante di alcuna analisi, l'invalidità di cinque brevetti su otto, l'irrilevanza dei tre brevetti utilizzati e la irrilevanza della copertura brevettuale degli altri due rispetto all'oggetto dell'opera;

perché in realtà l'omissione della gara si è risolta in un abusivo affidamento a favore di un soggetto predeterminato al di fuori delle condizioni di mercato e a prezzi assolutamente esorbitanti rispetto a quelli correnti con una significativa alterazione delle condizioni di concorrenza nel settore, oltre a un evidente abuso nell'utilizzo delle risorse.

La ricorrente chiede l'annullamento di tutti gli atti impugnati, ivi compreso il contratto con il quale l'opera è stata commissionata.

Ritiene inoltre che ricorrano le condizioni perché la gara sull'oggetto contrattuale sia bandita, nonché per la condanna al risarcimento del danno, tenendo conto

anche del comportamento extraprocessuale della resistente che avrebbe negato l'accesso ai documenti rilevanti alla ricorrente, tanto che quest'ultima sarebbe stata obbligata a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 25 della legge numero 241 del 1990.

Si sono costituite le resistenti, che hanno eccepito anzitutto l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica all'unica aggiudicataria, essendo stato il ricorso originario notificato non già a Ladurner Spa bensì ad altra diversa società Ladurner Ambiente Spa, con derivata tardività della successiva notifica effettuata alla ditta aggiudicataria.

Eccepiscono poi la tardività del ricorso sia in relazione all'ultimo atto di motivi aggiunti, essendo ben note le delibere con esso impugnate, in epoca antecedente alla notificazione, sia nei confronti della delibera provinciale di approvazione del piano per la gestione dei rifiuti, risiedendo ad avviso delle parti resistenti in esso il fondamento della successiva attività amministrativa contestata.

All'odierna udienza, dopo discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

Ritiene il Collegio possa prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari attesa l'infondatezza del ricorso, rilevando tuttavia, come in effetti solo all'atto della produzione documentale la ricorrente si sia potuta rendere conto dell'esatta denominazione della aggiudicataria, con la derivata tempestività dell'impugnazione, e come la delibera di approvazione del piano provinciale della gestione dei rifiuti, nel prevedere che l'impianto di Fusina possa essere ristrutturato e riconvertito alla produzione di CDR, non comporti automaticamente l'esperimento senza gara.

Dispone l'articolo 57 del decreto legislativo numero 163 del 2006, che le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dandone comunque adeguata motivazione nella delibera o determina contrarre, nel caso in cui (comma 2 lettera b) “ per ragioni di natura tecnica o attinenti alla tutela dei diritti esclusivi, il

contratto possa essere affidato unicamente a un operatore economico determinato”.

Dunque perché sia giustificata la procedura di cui al detto articolo:

-devono sussistere oggettivi motivi di natura tecnica o la protezione dei diritti esclusivi che non consentono l'apertura dell'appalto a un confronto concorrenziale e che impongono la cosiddetta trattativa diretta con un unico operatore economico;

-deve essere dimostrabile, con l'effettuazione di una preventiva indagine di mercato, l'oggettiva esistenza dell'unico operatore economico potenziale espressamente individuato.

Dunque nella obbligatoria motivazione di cui dovrà dar conto ai sensi dell'articolo 57, comma 1, la determina o delibera contrarre, si dovrà richiamare l'indagine di mercato effettuata e la documentazione o certificazione, da tenersi agli atti, che attestino la sussistenza di una privativa industriale di un brevetto (tutela di diritti esclusivi) o le ragioni di natura tecnica che impongono di rivolgersi a quel determinato operatore economico.

Risulta dagli atti di causa che Ecoprogetto Venezia gestisce dal 2001 il Polo ambientale integrato di Fusina, uno dei primi e più significativi compendi, costituito da un impianto di termovalorizzazione, un impianto di compostaggio e un impianto per la produzione di combustibile derivato da rifiuti (C.D.R.), che garantiscono un trattamento adeguato ad ogni tipologia di rifiuto che viene ivi conferita.

La realizzazione degli impianti di compostaggio e produzione di C.D.R., che utilizzano entrambi un sistema di bioreattori a cella (tecnologia “trockenstabilat®Herof-Ladurner”, di cui Ladurner S.p.a. detiene la privativa), si è perfezionata a seguito di un Accordo di Programma sottoscritto in data 20.10.1998 tra A.M.A.V., Regione Veneto, Provincia di Venezia, Comuni di Mira e Venezia,

Biokomp, Consorzio di Bacino VE 2, Consorzio di Bacino VE 4, Eco Project ed Herof Umwelttechnik.

In tale impianto i rifiuti solidi urbani posizionati a valle della raccolta differenziata subiscono dapprima una riduzione in peso mediante un processo di bio-ossidazione dei materiali stoccati, che avviene all'interno di reattori costituiti da box chiusi, a tenuta stagna e con atmosfera controllata (biocelle); successivamente, viene effettuata una selezione meccanica di tutti i materiali recuperabili.

Durante tale fase, che si differenzia dalle tradizionali forme di trattamento in quanto effettuata successivamente alla biostabilizzazione a secco, tutti i materiali non combustibili vengono via via separati ottenendo al termine del processo una frazione combustibile chiamata, per l'appunto, C.D.R.

Nell'impianto di C.D.R. di Fusina, grazie all'utilizzo della tecnologia "trockenstabilat®Herhof-Ladurner" a Biocella, si ottiene un recupero quasi totale del rifiuto solido urbano la cui pressoché integrale componente materiale è destinata alla produzione di energia, poichè, alla fine del trattamento si separano:

- Materiali recuperabili (metalli ferrosi e non ferrosi);
- Materiali inerti da conferire in discarica o da riutilizzare come fondo stradale (ghiaia, sabbia, ceramica, vetro, ecc.);
- Frazione combustibile (C.D.R.).

Il C.D.R. prodotto nell'impianto di Fusina ha un potere calorifico molto elevato, arrivando a superare i 20.000 KJ/Kg e, pertanto, può essere utilizzato come combustibile dal rendimento termico elevato.

Tra l'altro, ENEL acquista il C.D.R. prodotto nell'impianto gestito da Ecoprogetto per utilizzarlo come co-combustibile nella vicina centrale termoelettrica "Palladio".

Nel giugno del 2008 Ecoprogetto, coerentemente con gli obiettivi prefigurati nel nuovo Piano Provinciale per la Gestione dei Rifiuti Urbani, approvato nel dicembre del 2007, ha presentato alla Provincia di Venezia un progetto di

intervento che si sostanzia nella riconversione tecnologica dell'esistente impianto (sezione) di trattamento della frazione umida dei rifiuti urbani (impianto di compostaggio) affiancando, mediante l'utilizzo delle preesistenti strutture edilizie, a quella esistente un'altra linea di trattamento della frazione secca per produzione di C.D.R., da valorizzare prioritariamente proprio nella centrale termoelettrica ENEL "Palladio" di Fusina.

Riconversione le cui modalità costruttive sono state esplicitate nel succitato progetto.

A pag. 30 e ss. della Relazione tecnica, allegata al progetto presentato all'esame della Provincia di Venezia, è dettagliatamente descritta la tecnologia a Biocella da utilizzarsi nel nuovo impianto di C.D.R. di Fusina .

Tecnologia che solo Ladurner S.p.a. è, allo stato, in grado di offrire sul mercato.

Assume la resistente che le ragioni che avrebbero spinto Ecoprogetto ad avvalersi della procedura negoziata consisterebbero:

- nell'esigenza di recuperare e utilizzare nel minor tempo possibile con i minori costi la maggior parte delle strutture edilizie costituenti l'involucro dell'esistente impianto di compostaggio;

- nella necessità di assicurare attraverso l'utilizzo di tecnologie uniformi e in particolare del medesimo sistema di biostabilizzazione dei rifiuti la produzione di CDR aventi caratteristiche omogenee e comunque compatibili con quelle del prodotto realizzato nell'impianto già esistente.

La decisione della negoziazione risiederebbe poi in queste ulteriori ragioni:

- la tecnologia Ladurner è l'unica in grado di garantire la bioessiccazione dei rifiuti residuali a valle della raccolta differenziata in sette giorni;

- l'utilizzo di una tecnologia differente richiede volumi doppi per trattare lo stesso quantitativo di rifiuti;

-il revamping delle celle esistenti può essere svolto solo da chi detiene la privativa delle stesse;

-la parte di realizzazione delle opere civili è interamente connessa con la parte impiantistica elettromeccanica a partire dalle biocelle;

- e, infine, la realizzazione congiunta delle opere civili e tecnologiche assicura la corretta e completa funzionalità dell'impianto e si traduce in un considerevole risparmio di tempi e dunque di costi finali.

Le deduzioni della ricorrente, a confutazione delle ridette giustificazioni, non appaiono convincenti, posto che se è vero che i brevetti riguardano non il processo atteso dall'impianto ristrutturato, ma un processo diverso per la produzione di altro materiale, nessuna contestazione viene rivolta al fatto che la tecnologia a biocelle sia quella esistente e preventivata; dunque non è contestabile che la ricarica delle celle esistenti possa essere svolta solo da chi detiene la privativa sulle stesse, né che l'utilizzo di una tecnologia differente richieda volumi doppi per trattare lo stesso quantitativo di rifiuti.

Con il che viene dimostrata la sussistenza dei presupposti per il ricorso all'operatore economico determinato.

Anche i motivi aggiunti proposti, non sono fondati.

In primo luogo deve rilevarsi l'utilizzabilità dei brevetti EP 0644 166 – EP 0413 992 – EP 0422 509 ed EP 0633 235.

Come si evince dalla descrizione, i brevetti sopra indicati sono connotati da un notevole grado di specificità, in quanto riguardanti esclusive e circoscritte applicazioni del processo di compostaggio quali la triturazione intermedia, il riscaldamento dell'aria, l'abbattimento della componente odorigena, la reimmissione di CO₂ nel materiale.

Essi sono, comunque, compresi all'interno dei brevetti principali contraddistinti dall'EP 0 458 136 B1 – EP 0 606 119 B1 ed EP 0850 691 B1 riguardanti le tecnologie di bio-ossidazione.

In particolare gli ultimi tre brevetti elencati riguardano in generale il processo di degradazione della materia organica, applicabili, dunque, anche al trattamento della frazione secca del rifiuto.

Essi risultano, quindi, sufficienti ed idonei a trovare applicazione anche per la produzione di CDR.

Desumere una carenza di istruttoria per aver la lettera di invito del 16.6.2008 indicato anche i brevetti complementari oltre a quelli principali, appare senz'altro eccessivo, considerato il loro assorbimento in questi ultimi e atteso che, in ogni caso, i soggetti che potevano disporre commercialmente sono gli unici due soggetti che sono stati invitati alla selezione.

La circostanza che la deliberazione del Consiglio di Amministrazione di Ecoprogetto sia avvenuta qualche giorno dopo (24.6.2008) la trasmissione delle lettere di invito (16.6.2008) a partecipare alla procedura negoziata a Herhof e Ladurner, non rende illegittima la scelta della procedura di gara poiché rileva solo sul piano della responsabilità e della imputazione degli effetti.

La cd. “delibera a contrarre”, invero, appartiene agli atti della serie procedimentale di formazione della volontà dell'amministrazione e viene a costituire una *condicio iuris* per la legittimazione a negoziare.

Come noto, gli atti della serie pubblicistica condizionano, sotto il profilo dell'efficacia, gli atti della serie privatistica: conseguenza ne è che il difetto di uno degli atti della fase di formazione della volontà, attraverso i quali si forma in concreto la volontà contrattuale dell'amministrazione, incide sulla stessa legittimazione a stipulare il contratto .

Il progetto prevede che la sezione di CDR2 sia dotata delle 10 biocelle oggi esistenti presso l'impianto e di 8 biocelle di nuova realizzazione, con caratteristiche costruttive eguali alle preesistenti.

L'intervento ha una sua unitarietà e non può essere costruttivamente scomposto.

La Relazione della Direzione Lavori corredata di documentazione fotografica illustra la complessa articolazione del costruendo impianto di CDR2 all'interno del Polo ecologico integrato di Fusina che integra l'allestimento di nuova impiantistica con l'adeguamento di quella attualmente esistente.

I sistemi di processo allo stato operanti vengono riconvertiti e integrati con nuovi processi attraverso l'utilizzazione della medesima tecnologia a biocelle; le zone operative in cui è ripartita la sezione CDR2 sono funzionalmente collegate, individuate sulla base delle esperienze maturate nella gestione dell'impianto di produzione ACQ/CDR di Fusina; i sistemi di trattamento dell'aria vengono in parte mantenuti, in parte adeguati; il controllo delle emissioni gassose, gli interventi edili e impiantistici sono stati progettati in funzione della riconversione dell'esistente.

L'interazione tra il vecchio e il nuovo costituisce dunque la caratteristica qualificante del progetto di riconversione, che risponde alle esigenze espresse dal Piano provinciale sui rifiuti del 2007.

Appare esatta, sul punto, l'affermazione della resistenza sull'inscindibilità del progetto, non scorponabile, sotto il profilo realizzativo, in fasi autonome e distinte. Senza considerare che un'ipotetica suddivisione di lavorazioni e il loro accorpamento in separati appalti avrebbe comportato tempi di realizzazione di gran lunga più lunghi e costi più elevati (si pensi al moltiplicarsi dei cantieramenti, ai rischi legati a inevitabili sovrapposizioni di magisteri per la contemporaneità di presenza di diverse imprese, ai rischi legati all'utilizzo di differenti metodologie e

attrezzature da parte degli operatori alle problematiche derivanti dalla sequenza dei singoli interventi) vanificando gli obiettivi indicati nel Piano provinciale dei rifiuti. Sembra, pertanto, che le caratteristiche intrinseche del progetto non consentano la semplificazione indicata dal ricorrente: l'individuazione dell'incidenza percentuale delle lavorazioni coperte da privativa in relazione alle prestazioni che compongono l'appalto nel suo insieme può rilevare, al più, ai fini delle imputazioni contabili ma, di certo, non anche per dimostrare che per oltre il 70% l'appalto avrebbe potuto essere realizzato da operatori economici che agiscono nel mercato.

Il ricorso deve dunque essere respinto, pur sussistendo ampie ragioni per giustificare la compensazione delle spese fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO