



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 la Lombardia**  
**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 219 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Vezzani Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Silena Ciriesi e Federico Pozzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Raffaele Mistura in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 1 (Fax=030/40298);

***contro***

Tea Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini, Marcello Coffrini e Chiara Ghidotti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Brescia, Via Solferino n. 55;

***nei confronti di***

Gem Matthews Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido D'Aprile, Paolo Businello e Alessandro Ventura, con domicilio eletto

presso lo studio del primo in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 4;

*per l'annullamento*

- DEL PROVVEDIMENTO IN DATA 18/2/2010, DI ESCLUSIONE DELLA RICORRENTE DALLA GARA PER LA FORNITURA, POSA IN OPERA E MANUTENZIONE DEL SECONDO GRUPPO DI CREMAZIONE PRESSO IL CIMITERO DI MANTOVA;

- DEL VERBALE DI GARA DEL 17/2/2010;

- DEL BANDO, LIMITATAMENTE ALLA CLAUSOLA SUL DIMEZZAMENTO DELLA CAUZIONE PROVVISORIA, OVE INTERPRETATO NEL SENSO DI PRESCRIVERE A PENA DI ESCLUSIONE LA PRODUZIONE DI UN CERTIFICATO DI QUALITA' PER ATTIVITA' IDENTICHE A QUELLE OGGETTO DI GARA;

- DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE, OVE GIA' ADOTTATO;

e per la dichiarazione di inefficacia

- DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO;

e per la condanna

- AL RISARCIMENTO DEL DANNO PATITO.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tea Spa e di Gem Matthews Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2011 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La presente sentenza viene redatta, per quanto possibile, nell'ordinaria forma semplificata prescritta dall'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, in virtù del quale "Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74", che disciplina appunto la pronuncia in forma semplificata.

La ricorrente riferisce di aver partecipato alla procedura aperta indetta da TEA S.p.a. per l'affidamento della fornitura con posa in opera e del relativo servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria del secondo gruppo di cremazione del Cimitero Monumentale di Angeli a Mantova.

Il sistema di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo a base d'asta di 850.000 € oltre IVA.

La ricorrente ha presentato la propria offerta inserendo nella documentazione amministrativa una cauzione dimezzata (pari a 8.500 €), accompagnata da una copia della certificazione di qualità relativa ad attività svolte in settori affini a quello interessato dalla gara.

La Commissione ha escluso la ricorrente dalla selezione per il fatto che “la certificazione di qualità prodotta ... non si riferisce all’oggetto dell’appalto ma ad attività completamente diverse”.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe e chiede la riammissione alla gara, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- a) Falsa applicazione dell’art. 75 del D. Lgs. 163/2006, violazione del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche e di inderogabilità delle ipotesi di esclusione nonché del bando di gara, poiché la misura è stata disposta per una fattispecie che la lex specialis non ha assistito dalla sanzione più grave;
- b) Falsa applicazione dell’art. 75 del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per illogicità, visto che nessuna norma prevede che l’oggetto delle attività descritte nella certificazione di qualità debba coincidere perfettamente con l’oggetto della gara;
- c) Eccesso di potere per difetto di istruttoria, poiché il certificato esibito contempla attività merceologiche che includono implicitamente la fornitura e l’installazione di forni crematori, ancorché non specificato in modo dettagliato.

Si è costituita in giudizio TEA S.p.a., chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 165, adottata nella Camera di consiglio del 25/3/2010, questo Tribunale ha motivatamente accolto la domanda

incidentale di sospensione degli atti impugnati, evidenziando la sussistenza del fumus boni juris; ha quindi riammesso la ricorrente alla gara, facoltizzando la stazione appaltante a riattivare e proseguire l'iter procedimentale.

Con motivi aggiunti depositati il 20/4/2010 la ricorrente impugna 3 verbali di gara del 17/2/2010 (depositati dalla resistente nel corso del processo) in precedenza non conosciuti, deducendo gli stessi motivi già avanzati e in aggiunta specificando gli stessi:

- d) sul primo motivo, la causa di esclusione non era di immediata percezione, e la circostanza non può andare a danno della ricorrente;
- e) sul terzo motivo la Commissione ha verificato la questione in modo non sufficientemente approfondito.

In sede di discussione del merito della causa nell'udienza del 10/6/2010 la ricorrente ha preannunciato motivi aggiunti.

Dopo aver integrato il contraddittorio nei confronti dell'aggiudicataria con atto depositato il 28/5/2010, Vezzani S.p.a. ha proposto ricorso contro il diniego di accesso agli atti della gara medio tempore ultimata: lo stesso è stato accolto da questo Tribunale con la sentenza 22/9/2010 n. 3560, che ha ordinato al direttore generale di T.E.A. S.p.a. di rilasciare alla ricorrente copia dei provvedimenti richiesti.

Si è poi costituita in giudizio la controinteressata, mentre all'udienza del 28/10/2010 la causa è stata rinviata al 13/1/2011 per consentire alla ricorrente la presentazione di ulteriori motivi aggiunti.

Nel frattempo infatti la procedura selettiva è stata celebrata e si è conclusa con l'affidamento all'impresa Gem Matthews, in virtù di aggiudicazione definitiva disposta con atto del 7/6/2010. La ricorrente si è posizionata al secondo posto in graduatoria con 43,739 punti, mentre la vincitrice ne ha riportati 100.

Con motivi aggiunti depositati il 19/11/2010 la ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, l'atto di aggiudicazione definitiva alla controinteressata del 7/6/2010, nonché i verbali della Commissione dal n. 4 al n. 13. Chiede che sia dichiarata l'inefficacia del contratto e il subentro a proprio favore ovvero, in subordine, il risarcimento dei danni patiti.

Espone le seguenti censure in diritto:

f) Violazione della *lex specialis*, carenza di motivazione, eccesso di potere per illogicità, irrazionalità, contraddittorietà, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, poiché la vincitrice sarebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto:

- la previsione di una camera di calcinazione separata – essenziale per ottenere l'aggiudicazione a proprio favore – è in contraddizione con il capitolato tecnico, poiché lo spostamento delle ceneri dalla camera principale alla camera di calcinazione è effettuato manualmente dall'operatore, il quale provvede a scaricare le ceneri dalla prima alla seconda;
- l'operatore interviene senza che le ceneri provenienti dalla camera principale siano state sottoposte preventivamente a raffreddamento,

come prescrive il capitolato;

- il processo di collaudo del 13/3/2009 non garantisce le performance dichiarate in sede di offerta, poiché le condizioni di riferimento dettate dal capitolato sono ben diverse.

Nella memoria finale del 16/12/2010 TEA ha eccepito la tardività dei secondi motivi aggiunti proposti avverso l'atto di aggiudicazione alla controinteressata.

Alla pubblica udienza del 13/1/2011 il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

## DIRITTO

Poiché la riammissione disposta in esito all'ordinanza cautelare ha soddisfatto l'interesse strumentale della ricorrente a partecipare al confronto comparativo, in ordine logico il Collegio ritiene di esaminare prioritariamente il secondo ricorso per motivi aggiunti, diretto a censurare l'aggiudicazione alla controinteressata.

1. Va preliminarmente disattesa l'eccezione di tardività del gravame formulata da T.E.A. Sostiene quest'ultima che Vezzani ha avuto notizia dell'affidamento dell'appalto in data 9/6/2010 (cfr. doc. 8 TEA che attesta la trasmissione via fax in pari data) mentre il gravame non è stato proposto entro il termine dimidiato di 15 giorni dal ricevimento della comunicazione ma soltanto il 04/11/2010.

1.1 Questa Sezione (cfr. sentenze 27/5/2009 n. 1073; 27/8/2010 n. 3255) ha aderito all'indirizzo secondo il quale – al fine della

decorrenza del termine di impugnazione di un provvedimento – non basta la mera notizia della sua esistenza e del suo carattere sfavorevole per il destinatario, ma occorre la conoscenza del suo contenuto: poiché un provvedimento sfavorevole non è necessariamente illegittimo, il suo destinatario – prima di accollarsi i costi di un’impugnazione – deve poter conoscere se l’atto è o meno affetto da vizi valorizzabili in sede giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. VI – 8/2/2007 n. 522).

1.2 La Sezione (cfr. sentenza 19/11/2010 n. 4660) ha poi recentemente fatto applicazione della pronuncia della Corte di Giustizia (sez. III – 28/1/2010 – causa C-406/2008), la quale ha sottolineato che l’art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri l’obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile, ed “il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace. Informazioni del genere sono insufficienti per permettere al candidato o all’offerente di scoprire l’eventuale esistenza di un’illegittimità impugnabile con ricorso. Solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi per i quali è stato escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto, il candidato o l’offerente interessato potrà formarsi un’idea precisa in ordine all’eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di appalti

pubblici e sull'opportunità di proporre ricorso (punti 30 e 31). Ne consegue che l'obiettivo stabilito dall'art 1, n. 1, della direttiva 89/665 di garantire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici può essere conseguito soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni" (punto 32).

1.3 Dall'esame dell'art. 41 nn. 1 e 2 della direttiva 2004/18, dell'art. 79 comma 5 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 11 comma 10 del medesimo D. Lgs. si evince l'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di rendere edotti i soggetti non aggiudicatari dei risultati della gara d'appalto, attraverso la comunicazione dell'atto di affidamento nella sua forma integrale. Da ultimo l'art. 2-quater della direttiva 89/665, introdotto dalla direttiva 2007/66 (scaduta il 20/12/2009 e recepita nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 53/2010, modificato in seguito con il D. Lgs. 104/2010), statuisce che la comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni candidato o offerente è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti, mentre i termini per proporre ricorso decadono soltanto dopo che sia trascorso un certo numero di giorni da tale comunicazione.

1.4 Applicando i principi e le disposizioni innanzi citate alla controversia in esame, si deve osservare che la nota prodotta da

TEA si limita ad informare Vezzani dell'avvenuto affidamento e ad indicare la ditta vincitrice, mentre il termine per la proposizione del gravame ha iniziato a maturare per la ricorrente soltanto dalla data di rilascio della copia degli atti di aggiudicazione, esibiti soltanto in esito al ricorso contro il diniego parziale di accesso. Rispetto a tale data TEA – alla quale incombe l'onere di dimostrare la tardività del gravame – non ha offerto alcun elemento di prova e pertanto il ricorso deve ritenersi tempestivo.

Passando all'esame del merito, devono essere esaminati i tre profili adottati dalla ricorrente per comprovare l'illegittimità dell'aggiudicazione a GEM.

2. Sostiene Vezzani S.p.a. che la previsione di una camera di calcinazione separata – essenziale per le sorti del confronto comparativo – sarebbe in contraddizione con il capitolato tecnico, poiché lo spostamento delle ceneri dalla camera principale alla camera di calcinazione è effettuato manualmente dall'operatore, il quale provvede a scaricare le ceneri dalla prima alla seconda.

L'asserzione è priva di pregio giuridico.

2.1 E' vero che la *lex specialis*, nel descrivere gli adempimenti del procedimento di cremazione, statuisce espressamente che “Lo spostamento delle ceneri fra le varie camere dovrà essere effettuato da apparecchiature motorizzate e gestito dal sistema di supervisione e controllo” e che le norme di gara richiedono – a pena di esclusione – di timbrare e firmare per accettazione le clausole del capitolato

tecnico (punti 9.6, 9.7 e 9.8, adempimento soddisfatto da GEM).

2.2 Al paragrafo 1.2.1.4. dell'offerta tecnica elaborata da GEM (doc. 2 controinteressata), dopo aver premesso che “La camera di calcinazione è una zona separata dalla camera di combustione principale”, l'impresa precisa che ciò si realizza per mezzo di “due serrande ad apertura automatica”, controllate da un computer di sistema (PLC programmable logic controller). Di seguito la relazione afferma che “la segregazione ... è garantita ... da apparecchiature motorizzate ed è tale da garantire l'impossibilità di commistione delle ceneri”, mentre tra le caratteristiche principali del processo è enunciata la “sequenza automatica, controllata da PLC, con sensori che indicano la presenza delle ceneri in calcinazione”. La stessa relazione tecnica, a pag. 12, descrive nuovamente la camera di calcinazione come “separata tramite serrande ad apertura automatica (controllate da PLC)”. La controinteressata puntualizza poi che l'impianto di cremazione è a camere sovrapposte, con la camera di combustione collocata al di sopra della camera di calcinazione, per cui è sufficiente aprire le serrande (motorizzate) per far cadere le ceneri dalla prima alla seconda.

2.3 In questo contesto la presenza di un operatore di supporto che supervisiona le operazioni ed assicura – avvalendosi di una paletta – il regolare e completo spostamento per caduta (pag. 22 offerta) e dunque l'asportazione di tutte le ceneri, non incontra alcuna preclusione nella *lex specialis*. Se l'intervento aggiuntivo

dell'operatore non urta contro divieti espressi, la clausola del punto 3.5 del capitolato è rispettata anche alla luce della ratio delle disposizioni richiamate, che intendono in via prioritaria scongiurare il rischio di miscele di ceneri tra cadaveri diversi, e in questa prospettiva la presenza di personale dedicato meglio garantisce il corretto svolgimento delle operazioni meccaniche.

2.4 La ricorrente obietta che l'offerta tecnica di GEM (punto 1.8.1 "raccolta delle ceneri" - pag. 92) puntualizza che il passaggio tra una camera e l'altra avviene "tramite asportazione manuale, per mezzo di idonea paletta sagomata da parte dell'operatore". Il periodo per la verità prosegue precisando che l'operazione di caduta delle ceneri avviene attraverso una serranda automatica. Ribadisce il Collegio che un sistema "misto" (automatizzazione accompagnata da interventi manuali) non infrange alcuna clausola del capitolato, costituendo il frutto di una scelta tecnica del tutto legittima: la legge di gara non esige che la movimentazione automatica abbia luogo in assenza di personale ma diversamente che lo spostamento sia effettuato "da apparecchiature motorizzate e gestito dal sistema di supervisione e controllo", adempimento che la vincitrice ha soddisfatto.

3. Sostiene la ricorrente che, nella proposta GEM, l'operatore interviene senza che le ceneri provenienti dalla camera principale siano state sottoposte preventivamente a raffreddamento, quando il capitolato impone espressamente che le ceneri siano raffreddate a temperature adatte all'estrazione da parte dell'operatore.

Detta prospettazione non merita condivisione.

3.1 Il capitolato di gara introduce la prescrizione invocata per la fase di estrazione delle ceneri (par. 9), statuendo che “La temperatura delle ceneri dovrà essere sufficientemente bassa da consentire l'immediata esecuzione delle operazioni di trattamento (triturazione e versamento nell'urna finale) in condizioni di sicurezza per l'operatore e per le apparecchiature utilizzate”. Identica previsione viene riprodotta al par. 3.5 quando si disciplina la “fine del processo di cremazione”. Le stesse precauzioni non appaiono esigibili nella fase cd. di rastrellatura intermedia, ove il raffreddamento non è necessario poiché le ceneri non escono dal forno ma sono trasferite dalla camera di combustione primaria alla camera di calcinazione. In effetti l'attività di convogliamento tra le due camere non è regolata da un'identica previsione del capitolato, dato che lo spostamento avviene all'interno dei due impianti con l'uso eventuale di una paletta e salva l'attivazione delle misure di sicurezza necessarie: per eseguire l'operazione non è indispensabile attendere che diminuisca la temperatura. Non è di conseguenza degna di apprezzamento – in assenza di clausola espressa e anche da un punto di vista logico – l'asserzione secondo la quale le prescrizioni per la fase finale si applicherebbero automaticamente alla fase intermedia, per proteggere l'operatore dall'esposizione del calore.

4. Infondata è anche l'ulteriore doglianza con la quale parte ricorrente lamenta che il processo di collaudo del 13/3/2009 non

garantisce le performance dichiarate in sede di offerta, poiché le condizioni di riferimento dettate dal capitolato sono ben diverse. Al riguardo è sufficiente osservare che il verbale di collaudo dell'impianto preesistente non faceva parte della documentazione di gara né ha assunto alcun rilievo nello svolgimento della selezione.

In conclusione il secondo ricorso per motivi aggiunti è infondato e deve essere respinto.

5. La pronuncia si ripercuote sul gravame introduttivo e sui primi motivi aggiunti, rispetto ai quali non è più necessaria una diffusa trattazione per la sopravvenuta carenza di interesse alla loro definizione, prodotta dall'esito della gara alla quale parte ricorrente ha potuto prendere parte. E' tuttavia doveroso, ai fini delle spese di causa, ribadire la fondatezza delle censure dedotte avverso l'originaria esclusione dal confronto comparativo, ed al riguardo si richiamano le ampie considerazioni sviluppate dell'ordinanza cautelare n. 165/2010.

6. In conclusione va dichiarato il sopravvenuto difetto di interesse alla definizione del ricorso principale e dei primi motivi aggiunti, mentre va respinto il secondo ricorso per motivi aggiunti, sia per la parte caducatoria che per la domanda risarcitoria e di inefficacia del contratto.

La soccombenza reciproca giustifica la compensazione integrale delle spese di giudizio tra la ricorrente e l'amministrazione, salvo il rimborso del contributo unificato del ricorso introduttivo e dei primi

motivi aggiunti, che va posto a carico di TEA. Sussistono giusti motivi per compensare le spese anche nei confronti della controinteressata, dato che la soluzione delle censure esposte contro l'aggiudicazione ha richiesto un intervento interpretativo da parte del Collegio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando:

- dichiara la sopravvenuta carenza di interesse alla definizione del gravame principale e dei primi motivi aggiunti.
- respinge il secondo ricorso per motivi aggiunti, sia per la parte caducatoria che per la domanda risarcitoria e di inefficacia del contratto.

Spese di lite compensate tra tutte le parti in causa, e contributo unificato a carico della parte ricorrente che lo ha anticipato con riguardo ai secondi motivi aggiunti.

Condanna TEA a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato limitatamente al gravame introduttivo e ai primi motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2011

IL SEGRETARIO

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