

N. 00539/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00132/2010 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 la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 132 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

T.E.R.G.A. Service Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Alfonso Vuolo, con domicilio eletto presso Ludovico Gamberini in Bologna, via Indipendenza N.66;

contro

A.C.E.R. Bologna, rappresentata e difesa dagli avv. Donatella Bezzi, Vito Fioti, Marco Neri, con domicilio eletto presso Marco Neri in Bologna, c/o Acer p.zza Resistenza 4;

nei confronti di

Coopertone Spc. Coop. Bologna, rappresentata e difesa dagli avv. Federica Mellini, Alessandro Soffritti, con domicilio eletto presso Alessandro Soffritti in Bologna, via Leopardi, 6;

Roberto Sabbioni Leg. Rap.Coopertone, Commissione di Gara C/
Acer;

per l'annullamento

del verbale di gara (prosecuzione seconda fase) del 1 dicembre 2009 della Commissione tecnica per l'affidamento del servizio di accertamento e contabilizzazione dei consumi di acque per le utenze dei fabbricati siti in Bologna e Comuni vari della provincia di proprietà e/o gestiti e/o amministrati da ACER Bologna (appalto n. DT 676 del 29 giugno 2009, codice Cig 0344031F58), verbale redatto dal notaio Pietro Zanelli (rep. 32336, raccolta n. 12562);

del verbale di gara (seconda fase) del 5 novembre 2009 della medesima Commissione tecnica, redatto dal notaio Pietro Zanelli (rep. 32291 raccolta n. 12522);

della nota della ACER Direzione generale, divisione legale contratti rif. n. 545 del 20 novembre 2009, a firma del Dirigente responsabile, nonchè della richiesta di parere formulata dalla Commissione di gara, rif. n. 1145 del 5 novembre 2009;

della nota della ACER Direzione tecnica, prot.n. 43485 del 2 dicembre 2009, con la quale si comunica l'esito della gara;

della nota della ACER Direzione tecnica prot.n. 42669 del 26 novembre 2009, con la quale si comunica la ripresa delle operazioni di gara per il giorno 1 dicembre 2009;

del telegramma della ACER del 5 novembre 2009, con il quale si comunica che l'appalto sarà riaperto per il giorno 5 novembre 2009;

per quanto occorra, dei verbali della Commissione giudicatrice nn. 1 del 24 settembre 2009, 2 del 2 ottobre 2009, 3 del 23 ottobre 2009, 4 del 26 ottobre 2009;

dell'esitazione a diffida stragiudiziale del 30 dicembre 2009, successivamente notificata;

nonchè di ogni altro atto anteriore, presupposto, connesso e consequenziale che comunque possa ledere gli interessi della ricorrente;

per la condanna dell'ACER alla reintegrazione in forma specifica mediante l'affidamento del servizio alla ricorrente;

in via graduata al risarcimento dei danni subiti;

dell'ordinanza dell'azienda Casa Emilia Romagna della provincia di Bologna n.376 del 2 dicembre 2009, a firma del Presidente dell'ACER e del Direttore Generale, con la quale si aggiudica l'appalto a Coopertone Soc. Coop;

del parere di regolarità tecnica dell'atto espresso dal dirigente responsabile e del parere di legittimità espresso dal direttore generale;

del verbale di seduta del Consiglio di amministrazione tenutasi il giorno 22 dicembre 2009 n.158;

del contratto di appalto stipulato tra l'ACER di Bologna e la Coopertone il 3 febbraio 2010 con rogito del Notaio Gianfranco Fantini repertorio n.59691, fascicolo n.9656;

delle note prot. n. 43487 e 43488 del 2 dicembre 2009 del responsabile del procedimento, avv. Francesco Nitti;

delle eventuali aggiudicazioni definitive avvenute sotto altre forme e dell'avviso di gara esperita, senza data, a firma del responsabile del procedimento avv. Francesco Nitti;

della nota prot. n.46112 del 22 dicembre 2009.

- dell'ordinanza dell'Azienda Casa Emilia Romagna della provincia di Bologna n.376 del 2 dicembre 2009, a firma del Presidente dell'Acer e del Direttore generale. con la quale si aggiudica l'appalto a Coopertone Soc. Coop., mai comunicata nè altrimenti conosciuta;

- del parere di regolarità tecnica dell'atto espresso dal dirigente responsabile e del parere di legittimità espresso dal direttore generale, mai comunicati nè altrimenti conosciuti, così come richiamati nel provvedimento di cui sopra sub. a);

- del verbale di seduta del Consiglio di amministrazione tenutasi il giorno 22 dicembre 2009 n.158, avente ad oggetto la ratifica di ordinanze presidenziale d'urgenza, nella parte in cui è ratificata l'ordinanza n.378 del 2 dicembre 2009, avente ad oggetto il "servizio di accertamento e contabilizzazione dei consumi di acqua per le utenze dei fabbricati siti in Bologna e comuni vari della provincia di proprietà e/o gestiti e/o amministrati da Acer Bologna e serviti da HERA S.p.a. Durata dell'appalto dal 1 gennaio 2010 al 31 marzo 2011. Aggiudicazione della gara spesa complessiva contrattuale di euro 166.050,00 (ud 0017)", provvedimento mai comunicato nè altrimenti conosciuto;

- del contratto di appalto stipulato tra Acer Bologna e la Coopertone

il 3 febbraio 2010 con rogito del Notaio Gianfranco Fantini repertorio n.59691, fascicolo n.9656, mai comunicato nè altrimenti conosciuto;

delle note prot. nn.43487 e 43488 del 2 dicembre 2009, del responsabile del procedimento, avv. Francesco Nitti;

nonchè di ogni altro atto anteriore, presupposto, connesso e consequenziale che comunque possa ledere gli interessi della ricorrente, ivi incluse eventuali aggiudicazioni definitive avvenute sotto altre forme e dell'avviso di gara esperita, senza data, a firma del responsabile del procedimento avv. Francesco Nittio, nonchè, per quanto occorra, della nota prot. n.46112 del 22 dicembre 2009

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.C.E.R. Bologna e di Coopertone Spc. Coop. Bologna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2011 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'ACER di Bologna indiceva un bando di gara per l'affidamento del servizio di accertamento e contabilizzazione dei consumi di

acqua per le utenze dei fabbricati di proprietà dell'Ente situati in Bologna e provincia.

Per la selezione delle offerte era previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Venivano ammesse alla procedura tre operatori economici.

All'esito della gara risultava prima classificata la società Coopertone, cooperativa a r. l., contro interessata intimata, seconda classificata la T.E.R.G.A. service s.r.l., e terza classificata la ditta Barbagli.

2. La seconda classificata T.E.R.G.A. service s.r.l. impugnava gli atti di gara deducendone l'illegittimità.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione intimata e la controinteressata vincitrice controdeducendo alle avverse doglianze e concludendo per la reiezione del ricorso.

Successivamente venivano presentati motivi aggiunti impugnatori avverso l'ordinanza del Presidente dell'Ente di aggiudicazione dell'appalto nonché pareri di regolarità tecnica e note del responsabile del procedimento deducendo quale vizio proprio l'incompetenza nonché vizi di illegittimità derivata.

L'istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 132 del 2010.

Successivamente venivano presentati ulteriori motivi aggiunti ritenendo la ricorrente di essere venuta in possesso successivamente della conoscenza di nuovi elementi che inficerebbero la legittimità della gara.

Le parti hanno ampiamente sviluppato le rispettive difese con

memorie e repliche e la causa è stata trattenuta in decisione all'odierna udienza.

2. Va preliminarmente rilevata l'inammissibilità dei primi motivi aggiunti impugnatori con i quali si deduce, quale unico vizio proprio l'incompetenza del Presidente dell'Ente a disporre l'aggiudicazione poiché detto provvedimento è stato ratificato e fatto proprio dal Consiglio di Amministrazione in data 22/12/2009, senza che il provvedimento presidenziale abbia avuto alcuna esecuzione, ben prima della notificazione dei motivi aggiunti di doglianza avvenuta il 3/3/2010. Infatti, il contratto risulta stipulato il data 3/2/2010.

Pertanto, anche nella eventuale ipotesi di accoglimento del vizio di incompetenza nessuna rilevanza ciò potrebbe avere sull'esito della gara e sulla legittimità degli atti di gara e nessun riflesso sull'avvenuta stipulazione del contratto.

Da ciò l'inammissibilità originaria dell'impugnativa di cui ai primi motivi aggiunti per difetto di interesse.

3. Va altresì rilevata la tardività dei secondi motivi aggiunti di ricorso, in accoglimento dell'eccezione delle parti intime, poiché gli stessi sono stati notificati in data 26/4/2010 e depositati il 7/5/2010.

La difesa della ricorrente sostiene che il termine per dedurre tali motivi dovrebbe decorrere non dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ossia del provvedimento impugnato, bensì dal momento in cui avrebbe effettivamente preso conoscenza mediante una visura da Lei eseguita presso la camera di Commercio,

concernente i dati della vincitrice da cui ha desunto le ulteriori illegittimità dedotte con i secondi motivi aggiunti.

Sostanzialmente sembra fare riferimento al principio comunitario, recentemente espresso dalla Corte di Giustizia CE, con sentenza 28 gennaio 2010 nel procedimento C 406/08, la quale afferma che i termini di impugnativi decorrono dal momento in cui l'operatore economico ha preso conoscenza o aveva la possibilità di prendere conoscenza della violazione di cui si lamenta e non dalla conoscenza del provvedimento come previsto dalla normativa interna e come confermato dall'articolo 120 del c. p.a., e ciò al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli operatori economici in materia di appalti pubblici.

Tale principio, di indubbio rilievo comunitario non può trovare applicazione nel caso di specie.

Infatti, esso fa riferimento non solo all'effettiva conoscenza della violazione dedotta ma anche alla possibilità di conoscenza della stessa con riferimento, quindi, ad un comportamento attivo e diligente di parte ricorrente e non dilatorio. In altre parole la decorrenza dei termini d'impugnativa, anche per il diritto comunitario, non può dipendere da un mero comportamento della parte che si attiva tardivamente facendo quindi dipendere dalla parte stessa la decorrenza dei termini di impugnativa.

Nel caso concreto il Certificato della Camera di Commercio era stato

richiesto dalla stazione appaltante al vincitore sin dal 2/12/2009 ed acquisito agli atti di gara in data 15/12/2009 (come precisato nel contratto stipulato il 3/2/2010 che vi fa esplicito riferimento).

Pertanto, se la ricorrente, anziché richiedere nei tempi e modi alla stessa più congeniali nell'ambito della propria strategia processuale, e quindi tardivamente, detto certificato presso al Camera di Commercio lo avesse acquisito estendendo tempestivamente l'accesso, che pur ha esercitato, anche a detto documento in possesso dell'Amministrazione, ben avrebbe potuto dedurre nei termini di decadenza previsti le doglianze che ha ritenuto di desumerne.

Pertanto, va accolta l'eccezione di tardività dei secondi motivi aggiunti, con conseguente irricevibilità degli stessi, comunque anche puntualmente contestati nel merito dalle parti intime.

4. Quanto al ricorso introduttivo va preliminarmente respinta l'eccezione di tardività della difesa della controinteressata per tardività della notificazione. Infatti, la controinteressata sostiene ai fini del rispetto dei termini per la notificazione del ricorso che, in caso di notifica effettuata dall'avvocato in proprio, come nel caso in esame, rileva l'effettivo ricevimento, che sarebbe avvenuto il 2/2/2010, cioè tardivamente, e non la consegna all'ufficio postale che sarebbe avvenuto il 29/1/2010 e, quindi, tempestivamente.

Tale eccezione è da disattendere perchè ai fini del rispetto dei termini di presentazione del ricorso non può esservi differenziazione tra

notificazione fatta dall'Avvocato in proprio, a ciò autorizzato, e gli altri modi ordinari essendo sempre decisivo il momento dell'effettuazione delle operazioni nella disponibilità del difensore ossia in questo caso con la consegna del ricorso all'ufficio postale che provvede poi alla consegna dell'atto, non potendo porre a carico della parte conseguenze di tardività per comportamenti imputabili ad altri.

5. Ciò premesso al fine dell'esame del merito delle doglianze di cui al ricorso introduttivo va osservato che il bando di gara prevedeva una suddivisione del punteggio complessivamente pari a 100 in 40 punti per l'offerta economica e 60 per l'offerta tecnica.

I 60 punti dell'offerta tecnica erano suddivisi in max. 30 punti per proposte di miglioramento della comunicazione con gli utenti anche attraverso l'utilizzo di strumenti e programmi informatici, max 15 punti per proposte di miglioramento del servizio di informazione ricevimento degli utenti, max punti 10 per il programma informatico utilizzato per la contabilizzazione dei costi e max punti 5 per le procedure informatiche di lettura contatori che prevedono al produzione anche dell'immagine fotografica delle letture.

Ancora più dettagliato il disciplinare di gara che nel rispetto dei punteggi massimi sopra indicati e previsti dal bando e senza, quindi, alcun carattere di novità specificava ulteriormente che, a propria volta, suddivideva i 30 punti di cui sopra in 15 punti, punto 1.a. del disciplinare, per la rilevazione dei consumi le cui modalità erano

indicate nel punto 3.1. del capitolato, ed in 15 punti, punto 1.b. del disciplinare, per l'invio della copia dei consumi con le modalità di cui al punto 3.4. del capitolato.

Il punteggio delle proposte di miglioramento del servizio di informazione ricevimento degli utenti, le cui modalità erano indicate nel punto 3.7 del capitolato, ai quali il bando assegnava 15 punti erano a propria volta suddivisi in max 10 punti, punto 2.a. del disciplinare, al numero di ore garantite per il ricevimento degli utenti oltre alle venti minime previste; in max punti 3, punto 2.b. del disciplinare, agli uffici aperti in Bologna oltre a quello previsto dal capitolato; in max punti 2, punto 2.c. del disciplinare, al curriculum del personale addetto al call center.

Il punteggio max di 10 per il programma informatico utilizzato per la contabilizzazione dei costi, previsto dal bando, descritto al punto 3.2. del capitolato, sarebbe stato valutato, ai sensi del punto 3 del disciplinare, con particolare riguardo alla compatibilità, flessibilità e coerenza del programma stesso con i criteri di contabilizzazione utilizzati dall'Ente rogatore, alla possibilità che in corso di contratto detti criteri siano variati, alle diverse tariffe esistenti sul territorio della Provincia di Bologna.

Infine per il punteggio max di 5 per le procedure informatiche di lettura contatori che prevedono al produzione anche dell'immagine fotografica delle letture il disciplinare, al punto 4, confermava quanto previsto dal bando.

5.1. Ciò premesso in fatto, in linea di diritto va richiamato, sul punto, il conforme orientamento giurisprudenziale, a mente del quale "nelle procedure per l'aggiudicazione di una gara pubblica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta tecnica può essere considerata correttamente effettuata, mediante l'attribuzione di un mero punteggio numerico, allorché nel bando di gara siano stati preventivamente e puntualmente prefissati dei criteri sufficientemente dettagliati, con l'individuazione del punteggio minimo e massimo attribuibile alle specifiche singole voci e sottovoci comprese nel paradigma di valutazione e costituenti i diversi parametri indicatori della valenza tecnica dell'offerta, per cui ciascun punteggio è correlato ad un parametro tecnico - qualitativo preconstituito, in grado di per sé di dimostrare la logicità e la congruità del giudizio tecnico espresso dalla commissione giudicatrice, al punto da non richiedere una ulteriore motivazione, esternandosi in tal caso compiutamente il giudizio negli stessi punteggi e nella loro graduatoria" (TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I - sentenza 25 marzo 2010 n. 2318; T.A.R. Lazio, I, 4 novembre 2009, n. 10828).

Tale principio è perfettamente aderente al caso in esame con una griglia di valutazione e criteri così specifici e predeterminati risultanti dalla lex specialis della gara sopra descritta.

5.2. Conseguentemente vanno respinte le prime sei censure, analoghe nel contenuto e di cui è opportuna una trattazione

congiunta diretta a contestare la carenza di motivazione del punteggio attribuito rispettivamente rispetto ai criteri di cui al punto 1.a. del disciplinare (prima censura), punto 1.b. del disciplinare (seconda censura), punto 2.a. del disciplinare (terza censura), punto 2.b. del disciplinare (sempre terza censura), punto 2.c. del disciplinare (quarta censura), punto 3 del disciplinare (quinta censura), punto 4. del disciplinare (sesta censura).

Le stesse sei censure sono, invece, inammissibili, nella parte in cui sono dirette a contestare la discrezionalità esercitata dalla Commissione nell'attribuzione del punteggio, che la ricorrente sostiene essere stata tutta a vantaggio della vincitrice, poiché, contestando vari aspetti delle offerta della vincitrice, e ritenendo migliore per tali aspetti la propria offerta, richiede a questo giudice una valutazione di merito, in sostituzione di quella effettuata della Commissione giudicatrice, non consentita in questa sede di legittimità non emergendo alcun profilo di illogicità nei punteggi attribuiti nelle singole voci del disciplinare di gara.

6. Va, invece, respinta la settima censura con cui si contesta la valutazione dell'offerta economica.

Il bando per il punteggio dell'offerta economica prevedeva l'attribuzione del massimo di 40 punti per la migliore ed un punteggio determinato in proporzione per le altre.

La ricorrente sostiene che la proporzione avrebbe dovuto essere calcolata con riferimento al ribasso e ciò avrebbe portato alla sua

vittoria, mentre la commissione lo ha valutato sul prezzo offerto e non sul ribasso, con conseguente vittoria dell'aggiudicataria.

Nel caso di specie, come già rilevato in sede cautelare, con ordinanza n. 132 del 2010, il disciplinare di gara, non impugnato sul punto, fa riferimento al prezzo più basso ed alla proporzione sul prezzo e non sul ribasso e, quindi, in forza della non contestata *lex specialis*, la Commissione ha correttamente valutato la proporzione sul prezzo.

7. Va, inoltre, respinta l'ottava censura diretta contestare la sospensione dell'attribuzione del punteggio dell'offerta economica operata dalla Commissione, per valutare se fare riferimento al prezzo offerto o al ribasso.

Infatti, le offerte economiche sono state contestualmente aperte ed è solo l'operazione matematica, ovviamente ad offerte invariate e pubbliche che è stata differita, proprio per le contestazioni sul punto. Tale modo di operare della Commissione è legittimo e non viola alcun norma o principio in materia di contratti pubblici.

8. Va, infine, respinta la nona ed ultima censura diretta a contestare la mancata assegnazione di un termine per produrre memorie sul punto, di cui si duole il ricorrente, in quanto una siffatta partecipazione al procedimento in questa fase, comunque pubblica nell'apertura delle buste contenente l'offerta economica, non è prevista dalle norme e costituirebbe un non consentito aggravio del procedimento di gara stesso.

9. Per tali ragioni il ricorso va in parte respinto, con riferimento al

ricorso introduttivo, in parte dichiarato inammissibile con riferimento ai primi motivi aggiunti di ricorso ed in parte irricevibile con riferimento ai secondi motivi aggiunti di ricorso come sopra specificato.

10. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte irricevibile come specificato in motivazione.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di causa che si liquidano in complessivi euro 6.000 (sei mila), di cui 3.000 (tremila) a favore dell'Amministrazione e 3.000 (tremila) a favore della controinteressata, oltre C.P.A. ed I.V.A.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Grazia Brini, Consigliere

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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