



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 Regionale di Giustizia Amministrativa

sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 38 del 2010, proposto da:
Frigotherm Ferrari S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenio Aprile e Andrea Aprile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Alfredo D'Elia in Bolzano, corso Libertà, 24;

contro

Comune di Selva di Val Gardena, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.to Alfred Mulser, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Bolzano, Galleria Alto Adige, 40;

nei confronti di

Frigoplan S.r.l.;

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Selva di Val Gardena prot. n. 414.380.04/9218 del 26.11.2009, anticipato via fax il 26.11.2009 e successivamente comunicato con lettera raccomandata, a firma della responsabile del procedimento Dagmar Senoner - Servizio Tecnico - Lavori Pubblici, che comunicava l'aggiudicazione alla

Frigoplan S.r.l. dell'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria nello stadio del ghiaccio di Selva - impianto di raffreddamento e di recupero calore -; e la esclusione dalla gara della Frigothem Ferrari S.r.l.,
e di ogni altro atto presupposto, connesso, o consequenziale;
e, inoltre, per la condanna del convenuto Comune di Selva di Val Gardena al risarcimento integrale dei danni subiti e subendi, da determinarsi equitativamente dall'adito T.A.R.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Selva di Val Gardena;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2011 il consigliere Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori:

avv. E. Aprile per la ricorrente;

avv.to A. Mulser per il Comune di Selva di Val Gardena;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera n. 116 dell'11.08.2009 la Giunta Comunale di Selva di Val Gardena deliberava di esperire una procedura ristretta per l'appalto dei "*lavori di manutenzione straordinaria nello stadio del ghiaccio di Selva - impianto di raffreddamento e di recupero del calore (cat. OG11 – classifica III)*", da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 28 e 39 della legge provinciale 17.6.1998, n. 6.

Il prezzo a base d'asta veniva fissato in Euro 622.500,00 oltre agli oneri di sicurezza, pari ad Euro 10.000,00.-, per complessivi Euro 632.500,00.

La Giunta Comunale, dopo aver provveduto alla pubblicazione del relativo bando di gara, con deliberazione n. 133 dd. 8.09.2009 stabiliva di invitare alla gara le seguenti imprese: Frigoplan S.r.l., Frigothem Ferrari S.r.l., Walter Wettstein S.p.a., Zorzi Kältetechnik S.r.l. e Industrial Frigo S.r.l.

Soltanto le imprese Frigoplan S.r.l., Zorzi Kältetechnik S.r.l. e Frigothem Ferrari S.r.l. provvedevano a presentare nei previsti termini le proprie offerte.

La Zorzi Kältetechnik S.r.l. e la Frigothem Ferrari S.r.l. venivano tuttavia escluse dalla Gara non avendo raggiunto, a giudizio della Commissione Giudicatrice, il punteggio minimo di efficienza energetica e di qualità dei componenti impiegati indicato dal Capo II (*“Modalità relative all’espletamento della gara ed all’aggiudicazione”*), punto 5) dell’allegato alla lettera di invito e l’appalto veniva infine aggiudicato, al termine delle operazioni di gara, alla Frigoplan S.r.l., unica concorrente rimasta in gara, per l’importo di Euro 597.021,00.

Con il presente ricorso la Frigothem Ferrari S.r.l. impugna il provvedimento del Comune di Selva di Val Gardena prot. n. 414.380.04/9218 del 26.11.2009, con il quale le è stato data comunicazione sia della sua esclusione dalla gara, sia dell’aggiudicazione dell’appalto in argomento alla Frigoplan S.r.l.

A sostegno del ricorso vengono dedotti i seguenti motivi d’impugnazione:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell’art. 39 della Legge Provinciale 17.06.1998 n. 6, dell’art. 83 del decreto legislativo 12.04.2006 n. 163, delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del principio di imparzialità e di trasparenza dell’azione amministrativa, falsa interpretazione del disciplinare di gara e arbitrarietà nel calcolo del punteggio assegnato per le valutazioni delle proposte;
- 2) Violazione degli artt. 83 della L.P. 17.06.1998 n. 6 e 23 del D.P.G.P. 05.07.2001 n. 41 e delle condizioni richieste per l’ammissione all’appalto indicati al punto 8 della lettera di invito.

Con comparsa dd. 11.2.2010 si è costituito in giudizio il Comune di Selva Val Gardena che, anche con successiva memoria difensiva dd. 15.4.2011, ha chiesto il rigetto del ricorso, siccome infondato.

Alla pubblica udienza del 4.5.2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato in riferimento alla fondata assorbenza del primo motivo d'impugnazione, con il quale, per quanto d'interesse, viene lamentata l'arbitrarietà dei sub criteri stabiliti dalla Commissione successivamente *“alla consegna delle offerte ed addirittura dopo l'apertura delle buste”*.

Rileva infatti il Collegio che, come risulta dalla scheda C/a in allegato al verbale della seduta del 10.11.2009 (cfr. doc. n. 6 del Comune), la commissione giudicatrice ha stabilito di valutare la *“efficienza energetica”* dei prodotti offerti dalle imprese concorrenti con la seguente modalità di calcolo: *“30 punti (punteggio massimo) per l'offerta con recupero calore tramite pompa di calore, meno di 25 punti se manca la pompa di calore”*.

Si tratta, invero, di un criterio di valutazione non previsto né dal capitolato, né dall'allegato alla lettera d'invito alla procedura ristretta che, stabilito in una fase successiva dalla commissione giudicatrice, viene, di fatto, ad attribuire alla *“pompa di calore”* il carattere di requisito tecnico determinante (se non addirittura imprescindibile) ai fini dell'aggiudicazione della gara.

Va infatti osservato che, in base ai *“criteri di assegnazione”* stabiliti dal punto 1.20 del *“capitolato e relazione tecnica”* (cfr. doc. n. 5 del Comune), il punteggio minimo da raggiungere a pena di esclusione dalla gara per la voce *“2.0 Efficienza energetica dell'impianto frigo tecnico compreso l'impianto di recupero calore”* era di 25 punti, a fronte della previsione di un *“punteggio ponderato (max)”* di 30 punti.

Oltretutto, dal suddetto verbale della seduta del 10.11.2009 (cfr., ancora, doc. n. 6 del Comune) non risulta nemmeno che il contestato criterio sia stato stabilito dalla

commissione giudicatrice prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Anzi, come dedotto dalla ricorrente, in base alla scansione temporale delle operazioni di gara di cui è dato atto nel verbale di seduta del 10.11.2009, si evince che tale sub criterio è stato introdotto dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Nel verbale in argomento viene infatti dato atto che la commissione giudicatrice “*predispone l'elenco dei partecipanti, come da allegato A); - apre le buste contenenti la documentazione amministrativa, verificando la loro regolarità e completezza; - apre le buste contenenti la documentazione tecnica, verificando la loro regolarità e completezza; - compila una scheda istruttoria per ogni offerta, come da allegato B); - valuta le proposte tecniche ed attribuisce i relativi punteggi, come risulta dalle allegate schede C9, C/1, C/2, C/3, C/a, C/1/a, C/2/a, C/3/a, C/b*”.

Ebbene, premesso per completezza che l'art. 1, comma 1, lett. u) del d.lgs. 11.9.2008, n. 152 ha soppresso l'ultimo periodo del comma 4 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, il quale statuiva che “*La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando*”, sicché sembrerebbe che il legislatore abbia inteso escludere il potere della Commissione di integrare i criteri di valutazione stabiliti nel bando, in tal modo restringendo i margini di discrezionalità ad essa attribuiti (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12.5.2011, n. 2851), rimane comunque il fatto che, come ritenuto pacifico in giurisprudenza, ragioni di imparzialità delle valutazioni e di tutela della *par condicio* tra i concorrenti non consentono alla commissione di gara né di stabilire criteri che si traducano, in realtà, in un'integrazione della *lex specialis* attraverso l'introduzione di elementi che, se conosciuti tempestivamente, avrebbero potuto orientare il soggetto concorrente nella formulazione dell'offerta, né, tantomeno, di fissare

addirittura tali criteri dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte (cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 13.7.2010, 4502; Sez. VI, 17.5.2010, n. 3052 e 28.1.2009, n. 489; T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 5.9.2008, n. 8098).

Considerato che i lavori sono già stati eseguiti ed ultimati, il Tribunale accerta, ai sensi dell'art. 34, comma 3 cod. proc. amm., l'illegittimità del provvedimento del Comune di Selva di Val Gardena prot. n. 414.380.04/9218 del 26.11.2009.

In relazione alla domanda di risarcimento danni, premesso che la ricorrente non ha proposto domande cautelari né ha chiesto che venga dichiarata l'inefficacia del contratto, osserva in via di principio il Collegio che il cod. proc. amm. stabilisce che:

- *“La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento dei mezzi di tutela previsti”* (art. 30, comma 3);

- *“La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile”* (art. 124, comma 2).

Fermo restando dunque quanto sopra esposto, la domanda di risarcimento dei danni va allo stato rigettata, non avendo la ricorrente fornito prova alcuna del danno subito.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese di lite che vengono liquidate come da dispositivo.

Spese compensate tra la Frigothem Ferrari S.r.l. e la Frigoplan S.r.l. non costituita in giudizio.

Il contributo unificato va posto a carico del Comune di Selva di Val Gardena.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) accerta, ai sensi dell'art. 34, comma 3 cod. proc. amm., l'illegittimità del provvedimento del Comune di Selva di Val Gardena prot. n. 414.380.04/9218 del 26.11.2009;

b) rigetta, allo stato, la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna il Comune di Selva di Val Gardena alla rifusione delle spese di lite a favore della Frigothem Ferrari S.r.l., che vengono liquidate nell'ammontare di Euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre IVA, CPA e contributo unificato.

Compensa le spese tra la Frigothem Ferrari S.r.l. e la Frigoplan S.r.l. non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Presidente

Hugo Demattio, Consigliere

Hans Zelger, Consigliere

Terenzio Del Gaudio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2011

IL SEGRETARIO

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