



REPUBBLICA ITALIANA

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 1010 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sadi Servizi Industriali Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Montanaro, Cristiana Romano e Maria Ughetta Bini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Brescia, Via Ferramola n. 14;

contro

Comune di Asola, rappresentato e difeso dagli avv.ti Cesare e Alessandra Nicolini, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via C. Zima n. 3;

nei confronti di

Daneco Impianti Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angela Gemma e Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Brescia, Via XX Settembre n. 8;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO DEL RESPONSABILE DEL SETTORE IN DATA 28/7/2012, RECANTE L'ESCLUSIONE DALLA GARA PER INTERVENTO DI MESSA IN SICUREZZA E BONIFICA DELL'AREA EX FLUCOSIT;

Motivi aggiunti

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE IN DATA 14/9/2012 N. 221, DI APPROVAZIONE DEL VERBALE DI GARA ED AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA DELLA GARA PER INTERVENTO DI MESSA IN SICUREZZA E BONIFICA DELL'AREA EX FLUCOSIT, CON AGGIUDICAZIONE A FAVORE DELLA RICORRENTE;

- DELLA DETERMINAZIONE IN DATA 16/6/2012 N. 147 DI NOMINA DELLA COMMISSIONE DI GARA;

- DEI VERBALI IN DATA 26/6/2012, 28/6/2012, 23/7/2012, 26/7/2012, 12/9/2012, DI ASSEGNAZIONE DEI PUNTEGGI;

e per la declaratoria

DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO;

e (in via subordinata) per l'annullamento

DEGLI ATTI DELL'INTERA PROCEDURA DI GARA;

e (in via assolutamente subordinata) per la condanna

AL RISARCIMENTO DEI DANNI PER L'ILLEGITTIMA INDIZIONE E CONDUZIONE DELLA GARA.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Asola e di Daneco Impianti Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Daneco Impianti Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2012 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 ricorrente, operatore nel settore dello smaltimento dei rifiuti e delle bonifiche dei siti inquinati, ha partecipato alla procedura di gara per la messa in sicurezza e bonifica dell'area ex Flucosit in località Castelnuovo di Asola (1° lotto funzionale). Durante la fase di verifica della documentazione amministrativa e tecnica Sadi veniva esclusa in quanto non aveva presentato un documento costituente il programma temporale dettagliato dell'intervento.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugnava l'atto di non ammissione, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- a) Violazione dell'art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 6 comma 1 lett. b) L. 241/90, dei principi in materia di gare pubbliche ed in particolare di correttezza, proporzionalità ed economicità, poiché nel paragrafo 17 della relazione tecnica erano in realtà ben specificate le tempistiche ed il cronoprogramma racchiuso negli atti di gara era stato sottoscritto per accettazione, con conferma dell'indicazione di 24 mesi per l'esecuzione dell'intervento;
- b) Illegittimità della lettera d'invito nella parte in cui dispone la presentazione del programma temporale dettagliato a pena di esclusione;
- c) Violazione degli artt. 42 e 84 e dell'art. 11 comma 9 del D. Lgs. 163/2006 per indebita commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione e per assenza del requisito dell'urgenza nell'indizione della gara.

La ricorrente prospettava – quale conseguenza dell'accoglimento dei vizi denunciati – l'annullamento di tutti gli atti di gara e la necessità di rinnovare per intero la procedura, dato che le offerte degli altri concorrenti erano già state aperte e valutate.

Con decreto monocratico in data 9/8/2012 n. 377 questo Tribunale ha accolto la domanda cautelare ed ha sospeso gli atti impugnati fino alla decisione del Collegio. Prima della Camera di consiglio fissata per il 4/9/2012 il Responsabile del Settore decideva di riammettere comunque l'impresa e di annullare l'atto di esclusione in autotutela. In assenza di informazioni precise sugli ulteriori atti adottati medio tempore questa Sezione – con ordinanza in data 5/9/2012 n. 409 – confermava la riammissione della ricorrente alla gara in oggetto mentre (con riguardo al soddisfacimento della pretesa principale avanzata in giudizio) evidenziava che la possibilità per Sadi di concorrere all'aggiudicazione “non sembra esclusa dall'avvenuta valutazione delle offerte degli altri partecipanti, alla luce di quanto statuito dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 26/7/2012 n. 30”.

Il Responsabile del Settore annullava in autotutela il provvedimento di esclusione e riconvocava la Commissione per procedere alla valutazione dell'offerta tecnica ed economica della ditta riammessa. Le operazioni si concludevano con l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Daneco con 84 punti, mentre Sadi si collocava al secondo posto con 82,56.

Con motivi aggiunti depositati il 17/10/2012 parte ricorrente impugna l'atto di aggiudicazione e gli atti complementari, deducendo i seguenti motivi di diritto:

d) Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 283 del D.P.R. 207/2010, violazione dei principi fondamentali in materia di pubbliche gare, dei principi di correttezza, proporzionalità e parità di trattamento, eccesso di potere per difetto dei presupposti, incongruità e irragionevolezza manifesta, poichè i punteggi sono stati assegnati in modo assolutamente ingiusto in quanto:

I. con riguardo al criterio di valutazione dei “servizi analoghi” è stato attribuito il medesimo punteggio (8) ad entrambe le imprese quando Sadi ha attestato la regolare esecuzione per 2 interventi nello stesso sito, affini alle prestazioni oggetto di gara (contratto di 1.218.368 € – stipulato nel 2007 e regolarmente eseguito – per messa in sicurezza della falda con gestione dell'impianto di captazione e noleggio e gestione dell'impianto di trattamento delle acque contaminate, e contratto per 445.766 € di lavori aggiudicato nel 2011 per lo stesso oggetto giunto al S.A.L. n. 3);

II. 2 referenze prodotte da Daneco riguardano interventi eseguiti in ATI con altre imprese, mentre nella documentazione esibita manca l'indicazione esatta della quota di sua competenza; si tratta della bonifica area “ex Sisas” dei Comuni di Pioltello e Rodano (MI) rimozione rifiuti e discariche per 36.952.235 € e messa in emergenza dei siti “Campo sportivo ex feudo e San Focà” di Priolo Gargallo (SR) per 2.180.917 €; è impossibile capire la “qualità” di un intervento senza conoscere gli importi riferibili a Daneco;

III. sui lavori di messa in sicurezza area discarica località Regione Pozzo “ex Fornace Slet” Comune di Chivasso (TO) manca il certificato di regolare esecuzione essendo stato presentato soltanto un certificato di ultimazione dei lavori; inoltre non è provata l'attività riferibile a Daneco;

IV. si registrano irregolarità per l'intervento di “bonifica e ripristino ambientale discarica di Alice Castello” (è stato dichiarato committente Alice Ambiente Srl quando la dichiarazione di regolare esecuzione è stata emessa dal Consorzio dei Comuni per lo sviluppo del Vercellese e solo dal direttore lavori) e sui lavori eseguiti nell'impianto discarica di Cascina Settuzzi presso Mariano Comense (CO), perché manca la sottoscrizione del direttore lavori;

V. la Daneco ha prodotto inadeguata documentazione per 8 servizi mentre SADI ha prodotto referenze per 44 servizi analoghi;

e) Violazione art. 83 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 283 del D.P.R. 207/2010, dei principi fondamentali in materia di gare pubbliche, eccesso di potere per incongruità e irragionevolezza, poichè traspaiono numerose carenze tecniche dell'offerta Daneco ossia:

VI. indisponibilità di un impianto di trattamento acque da installare on site appropriato, malgrado fosse espressamente richiesto all'art. 10 lett. c) della lettera d'invito;

VII. interessamento incongruo di aree esterne (par. 10.1 relazione tecnica) quando il progetto definiva puntualmente il perimetro del lotto in gara (coincidente con il limite di proprietà del sito in lato nord ed est) ed il piano di sicurezza chiariva che le stesse non potevano essere oggetto di intervento (allegato C.2.1. – layout generale di cantiere); nella relazione tecnica Daneco afferma di occupare temporaneamente limitrofe aree esterne per posizionare tensostruttura e scavo e detta scelta doveva incidere sul punteggio “funzionalità e qualità dei piani di lavoro” (per il quale ha illogicamente ricevuto 14 punti su 15) e sulla “funzionalità e qualità dei particolari costruttivi di progetto” (ove ha ricevuto 7 punti su 10 come Sadi);

VIII. omessa indicazione nel progetto delle metodologie per il sostegno in sicurezza delle sponde di scavo;

IX. dimensionamento ridotto dell'impianto di trattamento acque, dato che il progetto approvato richiede una potenzialità di trattamento per 26,5 mc/h e la potenza nominale proposta da Daneco è di 30 mc/h ma la verifica del dimensionamento dei filtri a carbone attivo è condotta da Daneco per 25 mc/h, inferiore a quella minima; SADI è dotata di impianto capace per 66 mc/h, e ove necessario per ulteriori 33 mc/h (dunque è superiore per affidabilità, garanzia e completezza); non si comprende quindi perché per il criterio “disponibilità e affidabilità delle

attrezzature tecniche che si intendono impiegare” le 2 imprese hanno riportato punteggio identico;

X. scarsa descrizione e documentazione del sistema di emungimento pozzo/pompa/conessioni/ con dimensionamenti e accessori, poichè Daneco non individua adeguatamente le configurazioni impiantistiche (con 4 punti su 5 attribuiti ciononostante ad essa per “qualità e completezza della documentazione inviata”);

XI. minor funzionalità e qualità del Piano degli smaltimenti off site, dato che Daneco ha proposto 12 impianti autorizzati di cui soltanto 6 classificati come impianti finali, contro 21 di Sadi (15 dei quali impianti finali) che offrono la massima garanzia di tracciabilità di filiera corta nello smaltimento dei rifiuti; non ha senso aver attribuito ad entrambe 3 punti su 5 per il criterio “funzionalità e qualità del piano degli smaltimenti/recuperi off site”;

XII. ridotta disponibilità e affidabilità delle attrezzature tecniche quando Sadi è più che eccellente, operando in loco dal 2007;

XIII. inferiore qualità e completezza degli elaborati e delle migliorie.

f) IN VIA SUBORDINATA Violazione dell’art. 83 del D. Lgs. 163/2006, dell’art. 283 del D.P.R. 207/2010, del principio di trasparenza, eccesso di potere per indeterminatezza, difetto dei presupposti e di istruttoria dato che i criteri di valutazione delle offerte sono viziati per genericità ed indeterminatezza, in assenza di sub-criteri (soprattutto per le “referenze” e la “funzionalità e qualità dei piani di lavoro” e la “disponibilità e affidabilità delle attrezzature tecniche che si intendono impiegare”), in difetto della specificazione delle modalità di assegnazione dei punteggi tra quelle elencate all’allegato P del D.P.R. 207/2010 ed in mancanza di motivazione e riparametrazione dei punteggi attribuiti;

g) Violazione dell’art. 84 comma 8 del D. Lgs. 163/2006, in quanto non risulta che i professori universitari siano stati scelti nell’ambito di una rosa di candidati fornita dalle facoltà di appartenenza;

h) Violazione dell’art. 38 comma 3 del D. Lgs. 163/2006, visto che il comune di Asola non ha effettuato alcun controllo sui requisiti dichiarati da Daneco in sede di gara;

i) Violazione degli artt. 42 e 83 del D. Lgs. 163/2006 per divieto di commistione tra requisiti soggettivi e criteri di valutazione dell’offerta (con riguardo alle referenze);

j) Violazione dell’art. 11 comma 9 del D. Lgs. 163/2006 per difetto dei presupposti per la consegna anticipata dell’intervento.

Parte ricorrente chiede che sia dichiarata l’inefficacia del contratto stipulato e in via subordinata il risarcimento del danno.

Si sono costituite in giudizio l’amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame per motivi aggiunti.

Daneco propone ricorso incidentale e censura i verbali di gara nella parte in cui hanno disposto l’ammissione della ricorrente ovvero le hanno attribuito un punteggio troppo elevato, sollevando i seguenti profili:

Violazione dell’art. 38 comma 1 lett. B e C del D. Lgs. 163/2006, poichè il socio di maggioranza (nelle società con meno di 4 soci) deve rendere la dichiarazione di sussistenza dei requisiti di ordine generale e nel caso Sopaf Spa (socio di maggioranza di Sadi con il 68%, insieme a Industriale Tre Srl con il 30% e D’Imponzato Giuseppe con il 2%) ha omesso la dichiarazione;

Violazione dell’art. 38 comma 2 del D. Lgs. 163/2006 e dell’art. 7 della lettera d’invito, visto che le dichiarazioni del dott. Semenzato (consigliere delegato), degli amministratori muniti del potere di rappresentanza e dei direttori tecnici non includono le condanne con il beneficio della non menzione;

Violazione dell’art. 1-bis comma 14 della L. 383/2011 e dell’art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006.

IN VIA SUBORDINATA =

Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà delle decisioni della Commissione, poichè ha attribuito a Sadi

2.5 punti in più di quelli spettanti dato che:

- A. lo schema idrogeologico è errato (pag. 49 offerta tecnica Sadi) in quanto in contrasto con il progetto di gara;
- B. le palancole creano impedimento all'esecuzione dei collaudi di parete (pag. 157 offerta Sadi);
- C. la soluzione tecnica del dewatering degli scavi mediante tecnica a palancole è stata erroneamente valutata;
- D. la soluzione del well point presenta criticità;
- E. le analisi geotecniche non sono state effettuate;
- F. non vi sono analisi sui terreni di riempimento degli scavi con materiale esterno certificato;
- G. l'altezza della tensostruttura per operazioni interne (4 metri ai lati) è del tutto inadeguata per la sicurezza;
- H. sulla ex discarica Diletta l'intervento è esibito dalla ricorrente come realizzazione di volume confinato on-site, quando invece è riconducibile soltanto a messa in sicurezza;
- I. il programma temporale dettagliato è assente.

Alla pubblica udienza del 5/12/2012 il ricorso principale, i motivi aggiunti ed il gravame incidentale venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

Il gravame investe la correttezza degli atti della selezione indetta per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza e bonifica dell'area ex Flucosit in località Castelnuovo di Asola (1° lotto funzionale).

Parte ricorrente, dopo essere stata riammessa in esito ad un provvedimento cautelare, si è classificata al secondo posto e censura l'aggiudicazione alla prima classificata, mentre la controinteressata insorge contro l'ammissione e la valutazione dell'offerta presentata da Sadi.

1. In conformità a quanto dichiarato da parte ricorrente nella memoria di replica e dalla difesa comunale nella memoria 19/11/2012 il gravame introduttivo deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, avendo l'amministrazione provveduto, con atto del 27/9/2012 adottato in autotutela, a riammettere la ricorrente alla gara in questione. Il Collegio sottolinea semplicemente che la fondatezza dei motivi proposti è stata adeguatamente messa in luce sia nel provvedimento monocratico sia nell'ordinanza cautelare di accoglimento n. 409/2012, alla quale si può fare integralmente rinvio.

2. Alla luce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7/4/2011 n. 4 il Collegio deve esaminare a questo punto il gravame incidentale nella parte in cui assume natura paralizzante, poiché il suo accoglimento determinerebbe l'improcedibilità dei motivi aggiunti al ricorso principale per difetto di interesse.

3. Daneco Impianti lamenta anzitutto la violazione dell'art. 38 comma 1 lett. B e C del D. Lgs. 163/2006, poiché il socio di maggioranza (nelle società con meno di 4 soci) deve rendere la dichiarazione di sussistenza dei requisiti di ordine generale e nel caso di specie Sopaf Spa (socio di maggioranza di Sadi con il 68% insieme a Industriale Tre Srl con il 30% e D'Imponzato Giuseppe con il 2%) ha omesso tale adempimento (cfr. doc. 5 – visura).

La censura è priva di pregio.

3.1 Le norme invocate fanno riferimento, con riguardo ai requisiti di ordine generale che precludono la partecipazione agli appalti, alle misure di prevenzione e alle condanne (con conseguente obbligo di presentare la dichiarazione) che coinvolgono "amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società" (cfr. per una recente applicazione T.A.R. Puglia Lecce, sez. III – 18/4/2012 n. 708). Parte ricorrente ha in proposito dedotto che:

- a far data dal mese di gennaio 2007 (e la visura esibita riporta una data anteriore) è soggetta a quotazione in borsa e pertanto il suo patrimonio è flottante e posseduto da innumerevoli soci azionisti;
- detta circostanza è comprovata da una semplice indagine sul sito internet della Borsa Italiana;

- il documento n. 37 depositato in giudizio da Daneco il 14/11/2012 racchiude il quadro aggiornato degli azionisti rilevanti di Sadi Spa tratto dal sito internet della Consob alla data del 31/10/2012, con Blue Holding Srl, Gea Srl e Green Holding Srl (controllate a loro volta da Raps Spa) con il 76,553% complessivo, mentre una quota percentuale residuale è ripartita tra plurimi azionisti minori.

3.2 Il quadro fattuale descritto è sufficiente ad escludere l'applicazione della previsione invocata, che investe le Società a compagine numericamente ridotta. La ratio di detto limite – di soci inferiore a quattro – è stata rinvenuta (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII – 4/4/2012 n. 1624) nell'assimilazione organizzativa e gestionale di tali assetti di società di capitali alle società di persone, in cui la tradizionale rilevanza dell'elemento personale istituzionalmente fa coincidere il ruolo di amministratore con quello dei soci patrimonialmente responsabili; per converso, quanto più è distribuito il capitale sociale tra un maggior numero di persone, presuntivamente minori saranno l'incidenza e la capacità di orientamento sulle scelte gestionali da parte del socio di maggioranza (che in questa circostanza non è tenuto a rendere la dichiarazione).

4. Con ulteriore doglianza la controinteressata lamenta la violazione dell'art. 38 comma 2 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 7 della lettera d'invito, visto che le dichiarazioni del dott. Semenzato (consigliere delegato), degli amministratori muniti del potere di rappresentanza e dei direttori tecnici non includono le condanne con il beneficio della non menzione.

La prospettazione non merita condivisione.

4.1 Il contenuto della dichiarazione sostitutiva risulta chiaramente esplicitato al punto 7 par. 1) della lettera d'invito (pagina 4 e ss.). La lettera l) esige la dichiarazione “che non ricorrono le cause di esclusione dalle gare previste dall'art. 38 del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i., provvedendo ad elencarle specificamente ... (in caso contrario, ove ricorrano, dovrà essere indicato il nominativo dei soggetti, compreso il legale rappresentante, e tutte le risultanze dei rispettivi casellari giudiziari, comprese le condanne per le quali il soggetto abbia beneficiato della non menzione)”. Come ha correttamente evidenziato la difesa di parte ricorrente, una dichiarazione positiva – che gli interessati avrebbero dovuto rassegnare sulla sussistenza dei profili ostativi – era pretesa solo “in caso contrario”, ossia qualora le condanne fossero state effettivamente riportate. L'art. 38 comma 2 del D. Lgs. 163/2006 per tempo vigente dispone che “Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformita' alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione”. Anche il Codice dei contratti dunque richiede la dichiarazione per le condanne (con il beneficio della non menzione) realmente irrogate, mentre una tal dichiarazione non è richiesta nel caso contrario. La questione controversa va poi affrontata alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, introdotto dall'art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006. Questa norma da un lato tipicizza le cause di esclusione ammissibili – e contempla tra le altre la violazione di legge ed in particolare delle prescrizioni del codice e del regolamento dei contratti pubblici – e dall'altro colpisce con la sanzione della nullità le clausole della lex specialis che introducano ulteriori ipotesi di esclusione. Ebbene nella fattispecie considerata gli amministratori di Sadi hanno esplicitato di non aver riportato alcuna condanna (cfr. doc. 7 controinteressata) cosicché l'adempimento può dirsi pienamente soddisfatto.

4.2 La controinteressata ha in proposito richiamato la previsione del punto 7 nella parte in cui esige l'elencazione specifica delle cause di esclusione. Tuttavia, proprio con riguardo alle condanne, sono presenti dichiarazioni puntuali di Sadi (anche provenienti dal dr. Daniele Semenzato) le quali attestano tra l'altro che nei propri confronti “non è stata pronunciata sentenza passata in giudicato, non è stato emesso decreto penale di condanna divenuto

irrevocabile né è stata emessa alcuna sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, né alcuna condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45 par. 1 direttiva CEE 2004/18".

5. Quanto infine alla dedotta violazione dell'art. 1-bis comma 14 della L. 383/2011 e dell'art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006, per la mancata dichiarazione relativa ai piani di emersione del lavoro sommerso, la contestazione è priva di fondamento, dato che gli atti di gara non richiedevano alcuna puntualizzazione in ordine a tale circostanza. Detta dichiarazione non è neppure imposta a pena di esclusione dalla norma invocata, la quale preclude la partecipazione alle gare di appalti pubblici alle imprese che si avvalgono di piani individuali di emersione (letteralmente stabilisce che "I soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione sono esclusi dalle gare di appalto pubblico fino alla conclusione del periodo di emersione"). La statuizione deve trovare lettura in via combinata proprio con l'art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006 che contempla la tassatività delle cause di esclusione, per cui la mancata specifica previsione della sanzione espulsiva preclude alla stazione appaltante di trarre tale grave conseguenza in via autonoma.

6. A questo punto, rileva il Collegio che le ulteriori censure proposte (in via subordinata) dalla controinteressata con il ricorso incidentale non assumono natura automaticamente paralizzante, ma tendono a dimostrare l'illogicità del punteggio attribuito a Sadi (2,5 punti asseritamente non meritati) e la conseguente inammissibilità del suo gravame per carenza di interesse. La trattazione di tali argomenti potrebbe precedere (o affiancare) i profili dedotti dalla ricorrente nei motivi aggiunti, nella parte in cui la medesima censura (in via principale) l'irragionevolezza dei punteggi assegnati a Daneco.

6.1 Tuttavia il Collegio in questo frangente è pressoché impossibilitato ad esaminare le singole prospettazioni delle parti – in disparte la natura specificamente tecnica delle questioni – alla luce delle modalità di attribuzione dei punteggi, la quale non risulta in alcun modo intelleggibile. In effetti dall'analisi dei verbali della Commissione (doc. 12 ricorrente) traspare che i 7 parametri di valutazione (accanto al prezzo) non sono stati dettagliati in sottovoci, e che i punteggi riconosciuti non sono stati accompagnati da alcuna motivazione. In questo contesto si manifesta l'oggettiva inadeguatezza dei meri dati numerici correlati a ciascuna componente dell'offerta, dei quali non si può prendere cognizione – quanto ad attendibilità – nemmeno mediante una consulenza tecnica, la quale avrebbe l'inammissibile compito di riesaminare ex novo le proposte progettuali ed esprimere un giudizio di congruità unicamente ancorato ad un singolo (ed anonimo) parametro numerico.

6.2 Per il vero parte ricorrente deduce, nei motivi aggiunti, che l'offerta di Daneco doveva essere esclusa per l'indisponibilità di un appropriato impianto di trattamento acque da installare on site, come espressamente richiesto all'art. 10 lett. c) della lettera d'invito. Ad avviso di Sadi la configurazione dell'impianto mobile doveva essere consona a quella prevista nel progetto approvato in Conferenza di servizi (pag. 6 lett. q lettera invito), che prevede lo strippaggio con successivo finissaggio su carboni attivi quale processo da attuare (par. 5.2, 5.3, 5.4 del progetto) mentre le varianti al progetto base non erano ammesse pena l'esclusione: poiché l'impianto Daneco non è autorizzato a svolgere il trattamento di strippaggio, la sua offerta doveva essere esclusa.

6.3 Detta asserzione non è in realtà meritevole di positivo scrutinio poiché, come ha correttamente obiettato la controinteressata, la tipologia di impianto esistente era riportata a titolo informativo (cfr. all. 26 pag. 103 del progetto), mentre è stato altresì sottolineato che la scelta della tipologia di impianto di trattamento da installare on site rientrava nella strategia imprenditoriale di ciascun partecipante, che poteva anche sostituire la struttura in esercizio, purché la tipologia prescelta fosse "idonea a garantire il raggiungimento degli obiettivi dell'intervento"

(cfr. pag 7 progetto – doc. 28 controinteressata). E' evidente che la questione si sposta sulla qualità della proposta presentata e sulla congruità del punteggio assegnato dalla Commissione.

7. Devono pertanto essere logicamente esaminati i motivi di ricorso di cui alle lett. f) e g) dei motivi aggiunti, rispetto ai quali tuttavia preliminarmente occorre affrontare l'eccezione di tardività formulata dalla resistente amministrazione e dalla controinteressata.

7.1 Ad avviso di queste ultime le censure di cui alle lett. f) e g) dell'esposizione in fatto avrebbero dovuto essere tempestivamente proposte con il ricorso introduttivo.

L'eccezione è infondata.

7.2 Sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito solo per quelle prescrizioni che impediscono "in limine" la partecipazione alla procedura di determinati soggetti, e che non richiedono alcuna significativa attività interpretativa, fissando i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva "con prescrizioni inequivoche" (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 21/11/2012 n. 2828). La decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 29/1/2003 n. 1 ha ritenuto esservi un onere di immediata impugnazione:

a) delle clausole del bando che, imponendo requisiti soggettivi di ammissione non posseduti dal concorrente, gli impediscono in via immediata e diretta la partecipazione;

b) delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale (Consiglio di Stato, sez. VI – 14/11/2012 n. 5748).

In tutti gli altri casi le clausole del bando e degli altri documenti di gara vanno impugnate unitamente agli atti della procedura concretamente ed immediatamente lesivi (cfr. ex plurimis Consiglio di Stato, sez. V – 6/6/2012 n. 3344).

7.3 Nel caso esaminato il ricorso introduttivo è stato tempestivamente proposto nei confronti dell'esclusione dalla gara, mentre con la disposta riammissione i connotati dei parametri di valutazione, le modalità di assegnazione dei punteggi e di nomina della Commissione hanno assunto una valenza pregiudizievole soltanto in seguito alla disposta aggiudicazione a favore della vincitrice.

8. Il profilo afferente alla violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 283 del D.P.R. 207/2010 e del principio di trasparenza, e all'eccesso di potere per indeterminatezza, difetto dei presupposti e di istruttoria è fondato.

8.1 Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale (cfr. per tutte Consiglio di Stato, sez. V – 12/6/2012 n. 3445), l'art. 83 comma 4 del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, nello stabilire che il bando di gara, per ciascun criterio di valutazione prescelto, può prevedere (ove necessario) sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi, ha effettuato una scelta che trova giustificazione nell'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tale modo l'imparzialità delle valutazioni nell'essenziale tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente all'aggiudicazione del contratto in gara. E' stato anche ripetutamente affermato che – quanto alla valutazione delle offerte da parte della commissione di gara – l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è accettabile soltanto in presenza di parametri di valutazione (con sotto-voci e relativi punteggi) sufficientemente analitici, tali da ridurre gli spazi di discrezionalità tecnica rimessi all'organo collegiale, con la delimitazione del giudizio tra un minimo ed un massimo entro cui effettuare la graduazione dei punteggi in conformità ai criteri. Diversamente, l'obbligo motivazionale dovrà essere assolto attraverso i tradizionali canoni di estemazione mediante i verbali, per cui è necessario che, oltre al punteggio numerico, sia espresso un giudizio motivato con il quale la commissione

espliciti le ragioni del punteggio attribuito (Consiglio di Stato, sez. VI – 8/3/2012 n. 1332).

I principi generali, anche di matrice comunitaria, di uguaglianza e trasparenza dell'azione amministrativa esigono in buona sostanza di definire preventivamente le modalità di valutazione delle offerte e di garantire – ex post – la leggibilità delle decisioni adottate dalla stazione appaltante, e quindi la controllabilità della sua attività ai sensi degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

8.2 Nel caso di specie la lex specialis della gara non ha provveduto ad individuare, per ogni criterio di valutazione dell'offerta, eventuali specifici sub-criteri e sub-pesi, in presenza dei quali la sola attribuzione del punteggio può costituire idonea motivazione della valutazione operata dalla commissione.

Il bando di gara, al punto 14, dopo aver stabilito che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, ha individuato i seguenti parametri di valutazione:

- a) prezzo: punti 35;
- b) funzionalità e qualità dei piani di lavoro: punti 15;
- c) disponibilità e affidabilità delle attrezzature tecniche che si intendono impiegare (in particolare l'impianto di frantumazione e l'impianto di trattamento acque da installare on site): punti 15;
- d) funzionalità e qualità dei particolari costruttivi del progetto: punti 10;
- e) referenze di interventi di messa in sicurezza/bonifiche e/o realizzazione di volumi confinanti analoghi, svolti con buon esito negli ultimi 5 anni, sia in termini di sicurezza che di qualità di servizio reso (esclusi i servizi di smaltimento): punti 10;
- f) funzionalità e qualità del piano degli smaltimenti/recuperi off site: punti 5;
- g) risorse umane che si intendono impiegare: punti 5;
- h) qualità e completezza della documentazione inviata, anche in termini di miglorie proposte: punti 5.

Detti criteri sono stati riportati allo stesso modo al paragrafo 10 della lettera d'invito.

8.3 Per ogni parametro di valutazione i documenti di gara si sono limitati a prevedere il punteggio massimo attribuibile, senza alcuna ulteriore specificazione di sub-criteri o di sub-punteggi, attribuendo così alla commissione un amplissimo potere discrezionale: in tale situazione era indispensabile, ai fini della legittimità della valutazione delle offerte presentate, la puntuale esternazione delle ragioni che avevano indotto l'organo collegiale ad attribuire i punteggi contestati, sia per permettere, in astratto, la ricostruzione dell'iter logico-giuridico seguito dalla commissione, sia soprattutto per consentire l'effettivo esercizio della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, di cui si è già dato conto.

8.4 Viceversa il punteggio concretamente assegnato non è mai supportato da ulteriori enunciati discorsivi, e non permette in alcun modo al giudice di ricostruire il filo logico che lo collega alla proposta progettuale, ossia di risalire agli elementi utili a suffragare la coerenza e l'attendibilità delle conclusioni raggiunte dalla Commissione: le indicazioni numeriche – prive di ulteriori supporti (sub-criteri ovvero esplicitazioni della Commissione) – non consentono di analizzare ed apprezzare i pertinenti capitoli dell'offerta. A solo titolo di esempio, sui “servizi analoghi”, in disparte le deduzioni sulle imprecisioni delle referenze di Daneco (di minor spessore alla luce delle repliche di quest'ultima), risulta impossibile comprendere il fondamento del giudizio formulato sugli 8 servizi illustrati da Daneco rispetto ai 44 esibiti da Sadi. La tabella dei punteggi infatti riporta semplicemente 8 punti (su 10) per entrambe le concorrenti. Sul parametro “disponibilità e affidabilità delle strutture tecniche che si intendono impiegare” l'attribuzione di 10 punti su 15 ad entrambe le contendenti non permette di trarre elementi sulla bontà dei sistemi rispettivamente utilizzati (strippaggio con successivo finissaggio su carboni attivi ovvero sovradimensionamento della tecnica di filtrazione a carboni attivi). Identico ragionamento può essere sviluppato

per tutte le contestazioni sui pregi progettuali (censure da VII a XIII della lett. e dei motivi aggiunti – lettere da A ad I del ricorso incidentale).

8.5 Si può concludere che l'ampia sfera di apprezzamento di cui era titolare la Commissione di gara non è in alcun modo sindacabile neppure sotto i profili sintomatici della logicità, razionalità e ragionevolezza, restando oscuri ed incomprensibili i motivi della sostanziale equivalenza delle offerte provenienti da Sadi e Daneco riguardo a tutti i parametri che articolavano il quadro degli aspetti qualitativi.

9. Deve essere altresì accolta la censura di cui alla lett. f) nella parte in cui viene dedotta la violazione dell'art. 84 comma 8 del D. Lgs. 163/2006, in quanto non risulta che i professori universitari siano stati scelti nell'ambito di una rosa di candidati fornita dalle facoltà di appartenenza. La doglianza non è viziata di genericità poiché lo stesso Comune ammette che la nomina ha riguardato personale appartenente al mondo universitario. In proposito la stazione appaltante non ha seguito il percorso procedimentale stabilito dall'art. 84 comma 8 lett. b) del D. Lgs. 163/2006: non vi è infatti prova (né la stazione appaltante lo sostiene) che vi sia stata apposita richiesta dell'Ente locale alle Università e la conseguente predisposizione da parte di queste ultime di rose di candidati tra le quali operare la selezione (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I – 27/9/2012 n. 1559). Viceversa alcuna rilevanza assume il fatto che un componente sia stato sostituito nel corso delle operazioni finali di valutazione delle offerte tecniche (circostanza che non interferisce sul principio del Collegio perfetto) poiché, rispetto al sostituto, il Comune ha dato conto del possesso di sufficiente esperienza nella materia dell'inquinamento.

10. Infondata è anche la censura afferente alla violazione degli artt. 42 e 83 del D. Lgs. 163/2006, per inosservanza del divieto di commistione tra requisiti soggettivi e criteri di valutazione dell'offerta (con riguardo alle referenze).

10.1 In disparte la circostanza per la quale la censura di cui al precedente par. 8 è stata accolta anche sulla base dell'impossibilità di sottoporre a vaglio giurisdizionale la valorizzazione delle referenze, il Collegio si richiama all'indirizzo favorevole ad un'applicazione temperata del principio invocato da parte ricorrente, sul rilievo che spesso il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo delle imprese concorrenti è particolarmente sottile, attesa la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione (Consiglio di Stato, sez. V – 21 maggio 2010 n. 3208). Nella fattispecie i profili soggettivi paiono ripercuotersi in modo specifico sull'espletamento della peculiarità attività appaltata, con riferimento precipuo agli interventi di messa in sicurezza/bonifica rispetto ai quali i lavori analoghi vengono valorizzati in termini di sicurezza e di qualità (cfr. bando di gara) e per un punteggio (10 punti) che non incide in modo sproporzionato sull'ammontare complessivo (65 punti) associato ai parametri tecnici.

11. In conclusione i motivi aggiunti al ricorso principale sono fondati e devono essere accolti nei limiti di cui in motivazione, restando assorbiti gli ulteriori profili dedotti. L'accertamento dell'illegittimità della fase di valutazione delle offerte e dell'attribuzione dei punteggi ai singoli parametri (che trae anche origine dalla formulazione del bando) comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara, imponendo all'amministrazione la sua integrale rinnovazione con l'eliminazione dei vizi riscontrati. L'esito descritto è soddisfacente della pretesa avanzata da Sadi, alla quale non spetta alcun ulteriore ristoro a titolo risarcitorio.

12. Dalla pronuncia deriva come conseguenza l'inefficacia del contratto, ove stipulato medio tempore.

Le spese di lite sono poste a carico del soccombente Comune di Asola, congiuntamente al contributo unificato ai sensi di legge. Possono essere compensate nei confronti della controinteressata.

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 decisione sul ricorso introduttivo;
- respinge il gravame incidentale;
- accoglie la domanda proposta in via subordinata con i motivi aggiunti al ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti dell'intera procedura di gara.

Condanna il Comune di Asola a corrispondere alla ricorrente la somma di € 4.500 a titolo di spese ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna altresì l'amministrazione soccombente a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Pedron, Presidente FF

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2013

IL SEGRETARIO

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