



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 di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 93 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Mair Josef & Co. S.a.s. di Mair Klaus, in proprio e quale mandataria di A.T.I. con
Gregorbau S.r.l. e Tecnoimpianti Paternoster S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.
Lorenzo De Guelmi e Gianpiero Luongo, con domicilio eletto presso lo studio del
primo in Trento, via S.Croce 10;

contro

Consorzio di Miglioramento Fondiario di Castelfondo, rappresentato e difeso
dall'avv. Andrea Maria Valorzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Trento,
via Calepina 65;

nei confronti di

Collini Lavori S.p.A., in proprio e quale mandataria di A.T.I. con Misconel S.r.l. e
Lago Rosso Soc. Coop., rappresentata e difesa dall'avv. Beatrice Tomasoni, con
domicilio eletto presso il suo studio in Trento, via Grazioli 5;

per l'annullamento

- della nota del Consorzio di Miglioramento Fondiario di Castelfondo dd. 25.03.2013 che ha comunicato all'ATI Mair Josef S.a.s. che il Consiglio dei Delegati del Consorzio in data 19.03.2013 ha approvato i lavori della Commissione tecnica e della Commissione di gara, provvedendo ad aggiudicare i lavori di realizzazione di un bacino a scopo irriguo in località Ronchi nel Comune di Castelfondo alla concorrente A.T.I. Collini Lavori s.p.a. (mandataria), Misconel s.r.l. e Lago Rosso soc. coop. (mandanti);
 - del richiamato provvedimento del Consiglio dei Delegati del Consorzio di Miglioramento Fondiario di Castelfondo dd. 19.03.2013;
 - di tutti i verbali della Commissione amministrativa e della Commissione tecnica ed in particolare dei verbali della Commissione amministrativa n. 3 dd. 04.06.2012 e n. 4 dd. 14.05.2012, n. 15 dd. 15.05.2012 e n. 16 dd. 21.05.2012;
- nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, quale il diniego di autotutela ai sensi dell'art. 243 bis D.Lgs. 163/2006 di cui alla nota dd. 22.04.2013;
- nonché, con i motivi aggiunti depositati il 9 luglio 2013:
- della nota del Consorzio di Miglioramento Fondiario di Castelfondo dd. 04.06.2013 che ha comunicato all'ATI Mair Josef S.a.s. che, a seguito dell'avvio del procedimento di autotutela di cui alla nota dd.15.05.2013, il Consiglio dei Delegati del Consorzio, in data 01.06.2013, ha approvato i verbali di gara n. 17 della Commissione tecnica dd. 17.05.2013 e n. 5 dd. 28.05.2013 della Commissione amministrativa, confermando l'aggiudicazione alla concorrente A.T.I. Collini Lavori s.p.a.;
 - del richiamato provvedimento del Consiglio dei Delegati del Consorzio di Miglioramento Fondiario di Castelfondo dd. 01.06.2013;
 - dei verbali della Commissione amministrativa n. 5 dd. 28.05.2013 e della Commissione tecnica n. 17 dd. 15.05.2013;

nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, quale la comunicazione di avvio del procedimento per l'eventuale annullamento in autotutela degli atti di gara di cui alla nota del Consiglio dei Delegati n. 6 dd. 15.05.2013.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Miglioramento Fondiario di Castelfondo e di Collini Lavori S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Collini Lavori S.p.A.;

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 7 novembre 2013 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in data 3.11.2011 il Consorzio di Miglioramento Fondiario di Castelfondo (d'ora in poi, Consorzio) indiceva una gara per l'affidamento dei lavori - con prezzo a base d'asta di € 5.891.954,92 - per la realizzazione di un bacino a scopo irriguo in loc. Ronchi nel Comune di Castelfondo, da aggiudicarsi mediante procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara partecipavano 8 raggruppamenti di imprese, tra cui la ricorrente.

All'esito del procedimento di gara l'aggiudicazione definitiva veniva disposta a favore della controinteressata ATI Collini, avendo essa conseguito punti 78,715, mentre la ricorrente si classificava seconda con punti 78,566.

2. Da ciò il presente ricorso, assistito dai seguenti motivi:

A) Con riferimento all'offerta dell'ATI ricorrente:

1) Violazione ed erronea applicazione dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006, delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; eccesso di potere per difetto di presupposti e di istruttoria, per violazione del principio di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa, per erronea applicazione del disciplinare di gara e arbitrarietà nel calcolo del punteggio assegnato per la valutazione del criterio IV dell'offerta tecnica; omessa e comunque erronea motivazione.

Sarebbe stato illegittimamente introdotto, dalla commissione tecnica, un nuovo sub-criterio di valutazione, relativo al termine d'esecuzione dei lavori, in base al quale è stato attribuito il punteggio "zero" per l'inosservanza alla prescrizione del Servizio bacini montani della PAT di non eseguire lavori, presso l'opera di presa in loc. Carbonare, dalla metà di ottobre e durante i mesi invernali, per la salvaguardia del periodo riproduttivo della trota;

2) Violazione ed erronea applicazione degli artt. 83 D.Lgs. 163/2006 e 39 L.P. 26/1993 e della disciplina di gara; eccesso di potere per difetto di presupposti e di istruttoria, per violazione del principio di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa, per erronea applicazione del disciplinare di gara e arbitrarietà nel calcolo del punteggio assegnato per la valutazione del criterio IV dell'offerta tecnica, per travisamento dei fatti, per manifesta contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza; omessa e comunque erronea motivazione.

Il Servizio bacini montani della PAT non avrebbe emanato una vera e propria prescrizione, di non eseguire lavori presso l'opera di presa in loc. Carbonare dalla metà di ottobre e durante i mesi invernali; inoltre, il periodo interdetto sarebbe stato indicato in modo ambiguo ed approssimativo, cosicché sarebbe illegittimo il punteggio zero attribuito alla ricorrente;

3) Violazione ed erronea applicazione degli artt. 78 e ss. D.Lg. 163/2006 e 30 L.P. 26/1 93 in relazione ai principi di concentrazione e unitarietà della documentazione di gara e del generale obbligo di motivazione delle operazioni di gara; eccesso di potere per difetto di presupposti e di istruttoria, per omessa e comunque erronea rappresentazione della realtà, per manifesta contraddittorietà, illogicità e ingiustizia; omessa e comunque erronea motivazione.

Sarebbe mancata ogni motivazione relativa al punteggio di 2,8 su 4 attribuito dalla Commissione alla ricorrente per l'elemento II.1.b (criteri ed apparecchiature durante l'esecuzione di spari con mine);

B) Con riferimento all'offerta dell'ATI controinteressata:

4) Violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* in relazione all'offerta economica; violazione del principio della *par condicio*; eccesso di potere per difetto di presupposti e di istruttoria per travisamento dei fatti, per manifesta contraddittorietà, illogicità ed ingiustizia; omessa e comunque erronea motivazione.

Alcune migliorie offerte dalla controinteressata sarebbero state formulate nell'offerta tecnica, ma non in quella economica con le modalità prescritte dalla *lex specialis* e, conseguentemente, la società Collini sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara;

5) Violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* in relazione all'offerta tecnica; violazione del principio della *par condicio*; eccesso di potere per difetto di presupposti e di istruttoria, per travisamento dei fatti, per manifesta contraddittorietà, illogicità ed ingiustizia; omessa e comunque erronea motivazione.

La miglioria offerta dalla controinteressata, consistente nell'utilizzo di limi di scarto, avrebbe implicato l'acquisizione di nuovi pareri, trattandosi di rifiuti.

Inoltre, il bando prescriveva la fornitura e la posa di un manto in poliolefina armato, mentre la controinteressata ha proposto un diverso materiale.

3. A seguito della presentazione del ricorso, l'Amministrazione - riconosciuta la fondatezza del terzo motivo di ricorso - ha esercitato l'autotutela riconvocando al commissione tecnica la quale, preso atto che, per un "incidente di stampa", nel verbale n. 13 del 5.5.2012 era mancata la motivazione a supporto del voto attribuito alla ricorrente, procedeva a motivare ex post il punteggio attribuito.

Seguiva il provvedimento di conferma dell'aggiudicazione alla controinteressata.

4. La ricorrente ha impugnato tale appendice procedimentale con i seguenti motivi aggiunti:

6) Violazione degli artt. 11, 12, 83 e 84 del D.Lg. 163/2006 e 39 e 40bis della L.P. 26/1993; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di presupposti, per sviamento di potere, per travisamento dei fatti ed erronea rappresentazione dei fatti, per manifesta illogicità e ingiustizia; omessa e comunque erronea motivazione.

La motivazione postuma sarebbe stata resa in seduta riservata, a distanza di un anno di tempo, quando le offerte erano ormai conosciute, in violazione dei principi indicati in rubrica.

5. Accessoriamente, è stata chiesta la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente a causa della mancata aggiudicazione ad essa dell'appalto, in forma specifica o per equivalente, e la declaratoria di inefficacia o nullità dell'eventuale contratto stipulato con la controinteressata.

6. L'Amministrazione intimata e la controinteressata, costituite in giudizio, hanno diffusamente contro dedotto alle censure avversarie, concludendo per la reiezione del gravame.

7. La controinteressata ha altresì proposto ricorso incidentale, sostenendo che la ricorrente sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per i seguenti motivi:

I) Violazione di legge. Mancata e/o erronea applicazione della lex specialis, in particolare, erronea applicazione del Capitolato speciale di appalto, art. 2ter) comma 2, punto IV e della Relazione tecnica allegata al progetto - Paragrafo 12.1.- Programma dei lavori in loc. Carbonare. Arbitrarietà nell'attribuzione del punteggio riguardante la valutazione del criterio IV dell'offerta tecnica – Termine di esecuzione dei lavori. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità ed ingiustizia manifeste. Violazione dei principi della par condicio tra i concorrenti.

La ricorrente non avrebbe osservato il capitolato speciale di appalto il quale, a pena di inammissibilità dell'offerta, prescriveva che il tempo contrattuale non dovesse superare 1061 giorni e che non fosse consentito il getto del nocciolo strutturale della diga fino a quando non fossero ultimate le operazioni di sbancamento con l'uso di mine. La ricorrente invece prevedrebbe il getto del nocciolo strutturale della diga contemporaneamente alle operazioni di sbancamento ed il tempo complessivo per l'ultimazione dei lavori sarebbe di 1097 giorni ;

II) Violazione di legge. Mancata e/o erronea applicazione della lex specialis, in particolare, erronea applicazione del Capitolato speciale di appalto, art. 2ter) comma 2, punto II.1.b e del punto e), pag. 20 del Bando di gara. Arbitrarietà nell'attribuzione del punteggio riguardante la valutazione del criterio II.1.b dell'offerta tecnica – “Criteri ed apparecchiature”. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità ed ingiustizia manifeste. Violazione dei principi della par condicio tra i concorrenti.

Si osserva che in fase progettuale e di procedura di VIA era stato attentamente esaminato l'impatto sia di natura vibrazionale che di natura acustica della metodologia prescelta per gli scavi (sbancamento con mine). Invece, l'offerta tecnica presentata dall'ATI Mair Josef sarebbe del tutto carente, limitandosi ad

indicare l'impiego di un generico sistema di monitoraggio e fornendo indicazioni sommarie.

Tale carenza non sarebbe giustificabile dalla metodologia proposta, basata sull'uso di martelli demolitori in luogo dell'esplosivo, non essendo dimostrato che tale sistema di scavo genererebbe vibrazioni sull'ammasso roccioso più limitate rispetto a quelle prodotte dall'esplosivo;

III. Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46, comma 1, del D.Lgs 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità ed ingiustizia manifeste. Violazione dei principi della par condicio tra i concorrenti.

Si contesta l'illegittimo ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare l'offerta tecnica presentata dall'ATI Mair Josef, che, al contrario, in quanto incompleta rispetto alle previsioni del disciplinare di gara, sarebbe dovuta essere dichiarata inammissibile.

8. Ciò premesso e passando al giudizio del Collegio, il primo ed il secondo motivo di ricorso, essendo connessi, possono esaminarsi congiuntamente.

Con essi si sostiene, relativamente all'inosservanza alla prescrizione del Servizio bacini montani della PAT di non eseguire lavori, presso l'opera di presa in loc. Carbonare, dalla metà di ottobre e durante i mesi invernali, che:

- a) si configurerebbe come un nuovo sub-criterio di valutazione, illegittimamente introdotto dalla commissione tecnica, non previsto dalla lex specialis;
- b) non si tratterebbe di una vera e propria prescrizione e, comunque, che sarebbe formulata dalla lex specialis in modo ambiguo e non cogente.

Nessuno dei due profili di censura è fondato.

Invero, nella relazione tecnico illustrativa del progetto esecutivo posto alla base del contratto e della procedura di gara, al paragrafo 12.1 (programmazione dei lavori in località Carbonare.. *"Sulla base delle prescrizioni impartite dal Servizio Bacini Montani in*

ambito di V.I.A. (D.G.P. del 05/02/2010, n.161), i lavori in alveo non possono essere eseguiti nei mesi invernali, a partire dal mese di ottobre, in concomitanza con il periodo di riproduzione e sviluppo embrionale della trota. D'altro canto, è necessaria la salvaguardia delle esigenze irrigue ed è quindi improponibile un'interruzione dell'alimentazione idrica durante i mesi estivi, da aprile a settembre. In conclusione, il periodo proposto per l'esecuzione dei lavori presso le opere di presa si estende dal mese di settembre fino alla prima parte del mese di ottobre del 2012'.

Dunque, non si tratta di un criterio introdotto ex abrupto dalla commissione tecnica, ma esso fa parte della lex specialis di gara.

Né può ritenersi che tale prescrizione sia ambigua o imprecisa, essendo invece chiaramente delimitato il periodo in cui i lavori sono consentiti: dal mese di settembre fino alla prima parte del mese di ottobre.

La ricorrente, viceversa, ha previsto di eseguire tali lavori nel periodo dall'1.11 al 18.12 (vd. il presentato dalla ricorrente sub doc. 27) contravvenendo quindi all'anzidetta precisa prescrizione della lex specialis di gara.

9. Il terzo motivo di ricorso è invece divenuto improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, in quanto l'Amministrazione ha riconosciuto l'esistenza di un vizio di difetto di verbalizzazione ed ha esercitato l'autotutela, riconvocando (in data 17.5.2013) la commissione e provvedendo ad integrare il verbale (5.5.2012) che aveva ommesso di motivare il punteggio di 2,8 su 4, attribuito dalla Commissione alla ricorrente per l'elemento II.1.b (criteri ed apparecchiature durante l'esecuzione di spari con mine).

10. Peraltro, la ricorrente ha censurato, con motivi aggiunti, l'integrazione alla motivazione operata dalla commissione tecnica in via di autotutela.

Nell'ordine logico, conviene quindi esaminare di seguito tali motivi aggiunti.

Si sostiene, con essi, che la motivazione postuma sarebbe stata illegittimamente resa in seduta riservata, a distanza di un anno di tempo, quando le offerte erano

ormai conosciute, in violazione dei principi di unitarietà, concentrazione e contestualizzazione delle operazioni di gara.

In realtà - osserva il Collegio - non si è trattato, nella fattispecie, di motivazione postuma, ovvero di motivazione a supporto del punteggio attribuito alla ricorrente, che inizialmente mancava e che è stata integrata e resa solo a posteriori. Questa, effettivamente, non sarebbe ammessa, a tutela della legalità e della trasparenza nell'esercizio delle funzioni valutative della commissione giudicatrice, e si sarebbe rivelata illegittima.

Si è trattato, invece, di mancata verbalizzazione di una motivazione che era stata effettivamente formulata, allorquando la commissione di era riunita il 5 maggio 2012 che è stata sanata con la riconvocazione della commissione in data 17.5.2013.

Di tale circostanza è stata fornita prova sufficiente dall'amministrazione, sia con la produzione del brogliaccio originale, dattiloscritto con integrazioni a penna, accompagnato dalla dichiarazione del presidente della commissione, sia con la produzione del cd-rom recante il file integrale con tutte le motivazioni, che reca una data compatibile (20 maggio 2012).

Deve essere perciò disattesa la censura di indebita introduzione postuma, da parte della commissione giudicatrice, di elementi di valutazione originariamente inesistenti e della relativa motivazione.

Attribuendo all'esercizio dell'autotutela da parte della commissione la valenza di motivazione postuma, la ricorrente ha frainteso che nella fattispecie non si è trattato del riesame dell'operato insufficiente della commissione, integrato con una motivazione postuma (non ammessa), ma di una semplice difetto di verbalizzazione .

I motivi aggiunti vanno dunque disattesi.

11. Passando, quindi, nell'ordine logico, alle censure dirette contro la non esclusione o, comunque, la sopravvalutazione dell'offerta della controinteressata, si

sostiene col quarto motivo che alcune migliorie offerte dalla controinteressata sarebbero state formulate nell'offerta tecnica, ma non in quella economica, senza l'osservanza delle modalità prescritte dalla *lex specialis*.

In realtà, nella nota di chiarimenti alle imprese del 27 dicembre 2011 (doc. 2bis prodotto dal Consorzio) l'Amministrazione aveva precisato che: *"qualora si intenda proporre modalità esecutive o materiali diversi, l'impresa possa procedere alla cancellatura con un tratto di penna delle voci della "Lista delle categorie" che si intendono sostituire, provvedendo ad inserire, prima della pagina contenente il ribasso percentuale offerto, l'elenco delle voci offerto in alternativa rispetto a quelle cancellate con indicazione dei quantitativi offerti, del prezzo unitario in cifre e del prezzo unitario in lettere..."*

Tale chiarimento prevedeva una facoltà ("possa") di cancellare le voci che si intendevano sostituire con l'indicazione di nuovi prezzi, in caso di migliorie, e non un obbligo.

La modalità di offerta seguita dalla controinteressata, che ha preferito scrivere i nuovi prezzi nell'offerta economica, in corrispondenza delle migliorie proposte, senza cancellare le relative voci, non era tale da ingenerare dubbi o equivoci sull'offerta stessa, né si poneva in contrasto con la *lex specialis*.

12. Anche il quarto motivo va dunque disatteso.

Col quinto motivo è stata contestata l'offerta della controinteressata relativamente all'utilizzo di limi di scarto, trattandosi di rifiuti, nonché la proposta di impiego di un materiale diverso dal manto in poliolefina armato, prescritto dal bando.

La censura non è fondata.

Circa il primo profilo, la ricorrente confonde l'autorizzazione occorrente per il trattamento dei limi dalla possibilità che poi, una volta che questi siano stati trattati e recuperati ad un legittimo impiego (come non è contestato, nella fattispecie), possano poi (legittimamente) essere utilizzati in opere e lavori di vario genere, come in questo caso.

Circa il secondo profilo, il termine "poliolefina" non designa un unico prodotto ma una categoria di prodotti chimici, tra cui l'HDPE offerto dalla controinteressata che, quindi, non si è discostata dalla lex specialis offrendo un materiale non richiesto dalla stazione appaltante.

13. In conclusione, per le ragioni che precedono il ricorso è infondato, sia nella sua parte impugnatoria, sia relativamente nell'azione accessoria di risarcimento del danno ingiusto.

Diviene conseguentemente improcedibile il ricorso incidentale, proposto in via condizionata all'accoglimento del ricorso principale.

14. Le spese del giudizio possono tuttavia essere compensate integralmente tra le parti, in precipua considerazione dell'autotutela che l'amministrazione ha esercitato a seguito della proposizione del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese del giudizio compensate tra le parti.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Alma Chiettini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2013

IL SEGRETARIO

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