



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 Liguria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1302 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Ferruccio Zublena srl, in persona del legale rappresentante pro tempore Cav. Rodolfo Ferrero, in proprio ed in qualità di capogruppo della costituenda ATI con Edilcebana srl, Verus Luigi srl, Impresa Mondo di Tartaglino Giovanni & C. snc, ESSEBI Ingegneria – Studio Tecnico Associato Barra-Pons-Ruzzon, Dott. Ing. Valter Ripamonti, tutti rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Massa e Marina Rozzio, con domicilio eletto presso Francesco Massa in Genova, via Roma 11/1;

***contro***

Soc. Servizi Ambientali spa, rappresentato e difeso dagli avv. Sabrina Carta, Manuela Pessano, con domicilio eletto presso Barbara

Cremonini in Genova, c.so Saffi 7/2;

Commissione Giudicatrice Gara;

***nei confronti di***

Soc. Zumaglini e Gallina spa (in proprio e quale capogruppo Ati);

***per l'annullamento***

DEL PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE DA GARA PER PROGETTAZIONE ESECUTIVA ED ESECUZIONE DEI LAVORI INERENTI OPERE PER IL COLLEGAMENTO DELLA RETE FOGNARIA DI CERIALE (SV) AL SISTEMA DI COLLETTAMENTO E DEPURAZIONE CONSORTILE DI BORGHETTO S. SPIRITO (SV); NONCHE' DELLA DETERMINAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE DELLA SERVIZI AMBIENTALI SPA PROT. N.289 DEL 21 FEBBRAIO 2010 - DELL'AVVISO ESITO DI GARA A PROCEDURA APERTA INDETTA CON BANDO DEL 25 MARZO 2009, DEL 24 FEBBRAIO 2010 - DEL VERBALE N.8 DEL 27 GENNAIO 2010 DELLA MEDESIMA COMMISSIONE DI VERIFICA DELLE GIUSTIFICAZIONI IN ORDINE ALLA ANOMALIA DELL'OFFERTA E DI INDICAZIONE DELL'OFFERTA DELLA COSTITUENDA ATI ZUMAGLINI & GALLINA SPA QUALE PRIMA CLASSIFICATA IN GRADUATORIA

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc. Servizi Ambientali Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2010 il dott. Antonio Bianchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

La costituenda ATI ricorrente, capitanata dalla soc. Ferruccio Zublena srl in qualità di mandataria,, partecipava alla gara indetta dalla Servizi Ambientali spa a totale partecipazione pubblica, per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori inerenti le “Opere per il collegamento della rete fognaria di Ceriale (SV) al sistema di collettamento e depurazione consortile di Borghetto Santo Spirito (SV)”.

Il disciplinare di gara prevedeva che l'offerta si componesse di quattro parti fondamentali, da inserire in un unico plico.

In particolare, nell'offerta temporale, il concorrente avrebbe dovuto inserire, nella busta dedicata, a pena di esclusione:

- a) la dichiarazione del ribasso temporale offerto dal concorrente sul tempo contrattuale per l'esecuzione dei lavori che è stato indicato a base di gara (600 giorni naturali e consecutivi);
- b) una relazione e il relativo programma di esecuzione lavori secondo la tempistica proposta, nonché ogni altra documentazione atta a supportare la riduzione dei tempi offerta.

La odierna ricorrente presentava la propria offerta in modo

completo sennonché, nella seduta riservata tenutasi in data 21 ottobre 2009, la Commissione giudicatrice ne proponeva l'esclusione ritenendo l'offerta cronologica presentata indeterminata e indeterminabile.

La società Ferruccio Zublena srl presentava quindi una nota motivata, richiedendo la riammissione in gara, per i motivi colà indicati, oltre che per il riconosciuto principio della massima apertura del mercato.

La Commissione però confermava l'esclusione, ritenendo corretta la precedente valutazione.

La gara allora proseguiva con l'apertura delle offerte economiche e, a seguito dell'attribuzione dei relativi punteggi, la Commissione stilava la graduatoria provvisoria che vedeva quale prima classificata la costituenda associazione temporanea di Imprese Zumaglini & Gallina spa – Studio di Ingegneria associato Isola Boasso e Associati.

Ritenendo illegittime le anzidette determinazioni l'istante, con il ricorso in epigrafe, ha adito questo TAR chiedendone l'annullamento per il seguente motivo:

Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Eccesso di potere per difetto di motivazione. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta. Violazione di legge con riferimento all'art. 6 del Disciplinare di gara.

La Commissione giudicatrice ha erroneamente interpretato l'offerta

temporale presentata dalla ATI oggi ricorrente.

Pur avendo dato atto di dichiarazioni effettivamente fatte dalla concorrente, la Commissione non ha compreso la reale portata dell'offerta, pur essendo la stessa oggettivamente e linearmente determinabile.

Con un primo atto di motivi aggiunti, la ricorrente impugnava poi la graduatoria finale di cui la verbale della seduta n. 6 del 18 novembre 2009, per i seguenti motivi:

1. Violazione di legge in riferimento all'art. 83 del D.lvo 163/2006.
2. Violazione del bando, del disciplinare di gara, nonché dell'allegato "Parametri e criteri di valutazione delle offerte" e dei principi generali in materia di valutazione delle offerte.
3. Eccesso di potere per Violazione del giusto procedimento, sviamento di potere, contraddittorietà.
4. Violazione della par condicio dei concorrenti.
5. Eccesso di potere per insufficienza ed erroneità della motivazione sulla cui base la Commissione di gara ha attribuito i punteggi tecnici.
6. Illogicità del criterio di attribuzione del punteggi, irrazionalità manifesta.

In data 21 febbraio 2010, con determinazione del Direttore Generale prot. n. 289 venivano approvati integralmente e definitivamente tutti gli atti ed i verbali della Commissione aggiudicatrice relativi alla gara, ivi inclusa la graduatoria di cui al verbale della Commissione Giudicatrice n. 6 del 18 novembre 2009 ed il verbale n. 8 del 27

gennaio 2010 della medesima Commissione di verifica delle giustificazioni in ordine alla anomalia dell'offerta e di indicazione dell'offerta della costituenda ATI Zumaglini & Gallina spa quale prima classificata in graduatoria.

Per quanto sopra l'istante, con un secondo Atto di motivi aggiunti, adiva nuovamente questo TAR chiedendo l'annullamento delle predette determinazioni per i seguenti motivi:

1. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.
2. Eccesso di poter per illogicità e irragionevolezza manifesta.
3. Violazione di legge con riferimento all'art. 6 del Disciplinare di gara.

La Commissione giudicatrice ha erroneamente interpretato l'offerta temporale presentata dalla ATI ricorrente.

Pur avendo dato atto di dichiarazioni effettivamente fatte dalla concorrente, la Commissione non ha compreso la reale portata dell'offerta.

Anche a seguito di approfondimenti forniti spontaneamente dalla ATI esclusa, inoltre, i Commissari hanno ritenuto comunque di confermare il proprio giudizio.

In verità, l'offerta temporale dell'ATI Ferruccio Zublena era facilmente interpretabile, alla luce delle consuetudini inerenti la formulazione di crono programma dei lavori edili, ed era precisamente determinata.

4. Violazione di legge in riferimento all'art. 83 del D.Lvo 163/2006.

5. Violazione del bando, del disciplinare di gara nonché dell'allegato "Parametri e criteri di valutazione delle offerte" e dei principi generali in materia di violazione delle offerte.
6. Eccesso di potere per Violazione del giusto procedimento, sviamento di potere, contraddittorietà.
7. Violazione della par condicio dei concorrenti.
8. Eccesso di potere per insufficienza ed erroneità della motivazione sulla cui base la Commissione di gara ha attribuito i punteggi tecnici.
9. Illogicità del criterio di attribuzione dei punteggi, irrazionalità manifesta.

La conoscenza sino ad oggi acquisita dalla Ferruccio Zublena, (dalla lettura dei verbali e dalla partecipazione alle sedute della Commissione), dei punteggi attribuiti alle concorrenti, sia all'offerta tecnica che all'offerta economica, ha fatto riflettere l'odierna ricorrente sul fatto che nell'aggiudicazione vi siano aspetti non condivisibili.

Ad esempio, ha notato che l'offerta economica della aggiudicataria provvisoria è la "peggiore" rispetto a quelle delle altre partecipanti, risultando la più alta.

A seguito di richiesta di accesso agli atti l'odierna ricorrente veniva invitata a prendere visione della documentazione di gara in data 9 aprile 2010 e in quell'occasione veniva esaminata anche l'offerta temporale di altra concorrente, la società cooperativa Consorzio Cooperative Costruzioni CCC.

Dall'esame di detta documentazione, emergeva che anche la CCC aveva offerto un tempo di realizzazione dei lavori di 507 giorni, "incamerando così il periodo di blocco stagionale".

Sennonché, l'offerta di CCC è stata, correttamente, ritenuta accettabile.

Tanto premesso, con un terzo atto di motivi aggiunti, l'istante ha adito ancora una volta questo TAR chiedendo l'annullamento degli atti impugnati per il seguente ulteriore motivi:

1. Eccesso di potere per disparità di trattamento e per mancata uniformità di giudizio in ordine alle offerte presentate.

Eccesso di potere per violazione della par condicio dei concorrenti.

Di fatto, due offerte temporali di due diverse concorrenti impostate nel medesimo modo, sono state l'una esclusa e l'altra ritenuta ammissibile.

Questa indubbia disparità di trattamento non può che ricondursi ad un eccesso di potere della stazione appaltante che ha trattato due situazioni di identico contenuto in modo differente.

Conclude l'istante, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con vittoria di spese.

Si è costituita in giudizio la Servizi Ambientali spa intimata la quale, con più memoria nei termini, ha eccepito l'inammissibilità del gravame e ne ha contestato la fondatezza nel merito chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 25 novembre 2010, il ricorso è stato

trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. In via pregiudiziale la Servizi Ambientali resistente, eccepisce la inammissibilità del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti del 15 gennaio 2010, in quanto tramite questi la ricorrente avrebbe impugnato i verbali di gara nn. 5 e 6 in carenza di interesse, trattandosi di atti aventi valenza endoprocedimentale che acquisteranno lesività solamente a seguito dell'approvazione della stazione appaltante.

Il rilievo non può essere condiviso.

I verbali predetti, infatti, contengono la decisione della Commissione di escludere dalla gara la ricorrente e, come tali, hanno ontologicamente una portata immediatamente lesiva.

Riprova ne è, del resto, la circostanza per cui l'offerta della ricorrente, non è stata valutata ai fini dell'attribuzione dei punteggi, con conseguente esclusione dalla graduatoria finale.

1.2 Parimenti non condivisibile è l'ulteriore eccezione di inammissibilità del gravame per omessa notifica al controinteressato.

Si è già precisato, infatti, che oggetto originario dell'impugnazione era solamente l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Per giurisprudenza costante, è dovuta la notifica ad almeno un controinteressato, quando l'accoglimento del gravame potrebbe essere lesivo della posizioni di altri soggetti.

Nel caso di impugnazione della sola esclusione, quindi, nessun altro

soggetto avrebbe avuto un danno dalla eventuale riammissione in gara, essendo stata comminata in un momento antecedente alla formazione della graduatoria finale.

1.3 Secondo la resistente, poi, il ricorso sarebbe inammissibile in quanto non sono state impugnate le clausole del bando e del disciplinare di gara, con ciò determinandosi una acquiescenza.

Anche questa eccezione non ha pregio.

In realtà, l'esclusione dalla gara della ricorrente non è stata determinata da una violazione della *lex specialis* ma deriva unicamente da una interpretazione asseritamente non corretta che la Commissione di gara avrebbe fatto della offerta tecnica.

Nessuna censura, quindi, doveva necessariamente essere dedotta in ordine alle norme di gara che regolano la presentazione dell'offerta tecnica.

2. Nel merito, il ricorso introduttivo ed i primi motivi aggiunti sono infondati.

2.1 Con l'atto introduttivo del giudizio l'ATI ricorrente lamenta la violazione, da parte della Commissione Giudicatrice, delle disposizioni del Bando di gara in materia di valutazione dell'offerta temporale.

L'art. 15 del Bando prevede che "..... ai sensi dell'art. 10 del Capitolato Speciale d'appalto il termine per la consegna del progetto esecutivo è fissato in 40 giorni decorrenti dalla data di stipulazione del contratto di appalto, mentre quello per il completamento

dell'esecuzione dei lavori è fissato in 600 giorni decorrenti dalla data del verbale di consegna.

Entrambi i termini sono computati in giorni naturali e consecutivi e il loro mancato rispetto (anche riferito ad uno solo di essi o parziale) o di quelli previsti dal cronoprogramma dei lavori relativamente a singole fasi dell'esecuzione, determina l'applicazione delle penali previste allo stesso art. 10 del Capitolato Speciale d'appalto.....”.

Tanto premesso, come esattamente rilevato dalla Servizi Ambientali nella memoria difensiva, il cronoprogramma è stato predisposto dalla ricorrente senza indicare i giorni naturali e consecutivi di esecuzione delle opere oggetto dell'appalto.

Infatti, come risulta dal documento depositato in giudizio, nel cronoprogramma il periodo di attività è intervallato da periodi di interruzione – pause estive, settimane di astensione in occasione delle Festività pasquali e natalizie, in date specificamente individuate – non indicati nel Bando ed unilateralmente determinati dall'ATI concorrente.

La lettura del cronoprogramma, quindi, evidenzia che i giorni riportati nell'offerta temporale non sono affatto consecutivi, come invece prescritto inderogabilmente dalla *lex specialis* di gara.

Nessun chiarimento sotto il profilo ermeneutico avrebbe, d'altronde, potuto essere richiesto dalla Commissione all'ATI odierna ricorrente, pena la violazione della *par condicio* fra le concorrenti.

A ciò aggiungasi, che la ricorrente in sede di offerta ha proposto alla

stazione appaltante l'esecuzione di varianti tecniche.

Tuttavia, l'offerta non presentava la necessaria caratteristica della "unicità", atteso che il termine per l'esecuzione dei lavori avrebbe dovuto essere soggetto ad "integrazione" da parte della stazione appaltante, all'esito delle varianti che questa avrebbe ritenuto di accettare.

Come chiarito dalla Commissione Giudicatrice nel verbale di gara n. 5/2009, "..... a pagina 3 della "Relazione a supporto dell'offerta temporale e cronoprogramma" la stessa Impresa dichiara che "l'offerta temporale ..... non tiene conto delle varianti proposte e dei relativi tempi esecutivi, che dovranno essere integrati nel cronoprogramma durante la progettazione esecutiva a seguito delle scelte della Stazione Appaltante circa le varianti accettate".

A tale proposito, la Commissione richiama quanto previsto dal punto 3.1.6 (Varianti progettuali) del documento "Parametri e criteri di valutazione delle offerte" allegato al Bando di gara, secondo cui "La conclusione del processo di valutazione tecnica delle varianti non ha alcun effetto sull'offerta temporale che, pertanto, resta fissa ed invariata.....".

Tale riserva di successiva integrazione è stata espressamente formulata dalla concorrente nel documento denominato "Relazione a supporto dell'offerta temporale", allegato all'offerta, con una formula – "... l'offerta temporale .... non tiene conto delle varianti proposte e dei relativi tempi esecutivi...." – che non avrebbe potuto

essere interpretata in senso diverso rispetto a quello suo proprio, ossia nel senso che l'offerta avrebbe dovuto essere modificata – ma in che modo e misura non era specificato – a seguito dell'approvazione delle varianti.

Ciò posto, un'interpretazione diversa da quella fatta propria dalla Commissione si sarebbe tradotta in una illegittima integrazione postuma del contenuto dell'offerta e avrebbe violato il principio non solo della parità di trattamento fra i concorrenti, ma anche dell'unicità ed inscindibilità dell'offerta intesa nel suo complesso, come inclusiva delle sue componenti tecnica (comprensiva delle varianti), temporale ed economica, tutte fra loro strettamente connesse e non frazionabili.

Da qui la correttezza della decisione della Commissione di confermare l'esclusione dell'odierna ricorrente, in quanto l'offerta temporale non era ammissibile, siccome indeterminata e, comunque, indeterminabile.

2.2 Con il primo atto di motivi aggiunti, la ricorrente lamenta la violazione, da parte della stazione appaltante, delle norme in materia di valutazione delle offerte, laddove in sede di Commissione giudicatrice si è attribuito il maggior punteggio all'offerta della Zumaglini & Gallina spa, pur avendo quest'ultima presentato l'offerta economicamente – a dire della ricorrente – “peggiore”.

Orbene, tale censura è, in primo luogo, inammissibile, in quanto diretta a censurare decisioni della stazione appaltante che possono

incidere solo gli interessi delle imprese collocatesi nella graduatoria finale, e non di chi sia stato viceversa escluso dalla procedura concorsuale.

In ogni caso, la ricorrente non adduce obiettivi e specifici elementi di irragionevolezza o violazione della par condicio di gara, ma si limita a dedurre generiche contestazioni del sistema di ripartizione dei punteggi – peraltro contenuto nella lex specialis di gara non tempestivamente impugnata – senza considerare che, in sede di valutazione dell'offerta economicamente vantaggiosa, la valutazione dell'offerta economica non può prescindere dal contenuto delle offerte tecniche e temporali.

La valutazione complessiva, dunque, deve considerare tutti i diversi profili dell'offerta, sia quelli economici, che tecnici e temporali.

Pienamente congrui appaiono, dunque, i parametri valutativi individuati dalla stazione appaltante, così come adeguata è la loro incidenza sul punteggio dell'offerta complessiva.

3. Il secondo atto di motivi aggiunti è parimenti infondato.

Con lo stesso, infatti, vengono sostanzialmente riproposte le stesse censure dedotte con il ricorso introduttivo ed il primo atto di motivi aggiunti, già ritenute prive di fondamento, e su cui pertanto non v'è ragione di immorare.

4. Con ulteriore, terzo atto, di motivi aggiunti del 16 aprile 2010 la ricorrente ha impugnato gli atti di gara già oggetto di impugnazione, deducendo avverso gli stessi un nuovo motivo di illegittimità.

La stessa afferma di aver rilevato l'ulteriore violazione di legge posta in essere dalla stazione appaltante solo all'esito della presa visione, in sede di accesso agli atti, della documentazione delle altre concorrenti, avvenuta in data 9 aprile 2010.

Tuttavia, il ricorso per motivi aggiunti, ancorchè datato 16 aprile 2010, risulta essere stato notificato al domicilio eletto dalla resistente Servizi Ambientali spa in data 10 maggio 2010, ossia oltre il termine di trenta giorni, così come dimezzato ai sensi dell'art. 23 bis Legge n. 1034/1971, in scadenza il 9 maggio 2010.

Dalla tardiva notifica dell'atto datato 16 aprile 2010, discende la inammissibilità della dedotta censura.

5. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e, come tale, da respingere.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/03/2011

IL SEGRETARIO

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