



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 della Valle D'Aosta
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9 del 2012, proposto da:
Aimeri Ambiente S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cinzia Busa e Ferdinando Acqua Barralis, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cinzia Busa in Aosta, via B. Festaz, 79;

contro

Comune di Aosta, in persona del Sindaco pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Lorenzo Sommo e Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Lorenzo Sommo in Aosta, via Challand, 30;

nei confronti di

- Quendoz S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Hebert D'Herin, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R per la Valle d'Aosta, in

Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

- De Vizia Transfer S.p.A, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 1633 in data 22 dicembre 2011 del Dirigente dell'Area T2 - Settore Ambiente Servizio Igiene Urbana del Comune di Aosta, di aggiudicazione della gara di appalto mediante procedura aperta per l'affidamento dei servizi di igiene urbana e di raccolta e trasporto R.U. ed assimilati alla società Quendoz s.r.l.;

- dei verbali di gara e, in particolare, nella parte in cui non dispongono l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, della società Quendoz s.r.l.;

- di ogni altro atto o provvedimento preordinato, consequenziale e connesso;

- per la dichiarazione di inefficacia e/o comunque di invalidità del contratto di appalto relativo al servizio di cui trattasi ove stipulato fra il Comune di Aosta e Quendoz s.r.l. nelle more della celebrazione del giudizio;

- per l'accoglimento della domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto ad Aimeri Ambiente s.r.l. nonché, in via strettamente subordinata, per l'inserzione della stessa Aimeri Ambiente s.r.l. nel contratto di appalto relativo al servizio di cui trattasi che dovesse essere stipulato fra il Comune di Aosta e Quendoz s.r.l. nelle more della celebrazione del giudizio, alle condizioni tecniche ed economiche proposte dalla società ricorrente;

- in via subordinata, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente del danno ingiusto derivante dalla mancata aggiudicazione ad Aimeri Ambiente s.r.l. del servizio di cui trattasi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Aosta e di Quendoz S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 6/2012;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto il dispositivo di sentenza n. 44/2012;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2012 il dott. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 27.5.2011, il Comune di Aosta ha indetto una gara di appalto a procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana e di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati sul territorio comunale.

La durata del servizio era stabilita in sei anni, per un importo complessivo dell'appalto a base d'asta di euro 27.412.200,00.

Riguardo alla valutazione dell'offerta, il bando precisava che la gara sarebbe stata aggiudicata sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83 del d.lgs. 163/2006), nonché secondo i criteri stabiliti nel disciplinare di gara.

Segnatamente, gli atti di gara prevedevano un punteggio massimo di 75 punti per l'offerta tecnica (suddiviso in vari sub - criteri), ed un punteggio massimo di 25 punti per l'offerta economica.

Alla gara partecipavano oltre alla ricorrente altre due società, De Vizia Transfer s.p.a. e Quendoz S.r.l.

A seguito della seduta riservata, dedicata all'analisi delle offerte economiche presentate, la commissione decideva di richiedere chiarimenti a tutte e tre le società partecipanti.

Nella successiva seduta del 21 novembre 2011, la commissione, nel dare atto che i chiarimenti fatti pervenire dalla società De Vizia non erano stati considerati sufficienti, procedeva alla esclusione dalla gara di quest'ultima concorrente.

Indi la Commissione assegnava i seguenti punteggi alle due società concorrenti rimaste in gara:

- Quendoz S.r.l., punti 89,98;
- Aimeri Ambiente S.r.l., punti 81,93.

A seguito della conclusione del procedimento di verifica di congruità delle predette offerte, la Commissione riteneva quella della Quendoz S.r.l., l'offerta economicamente più vantaggiosa aggiudicandole, in via provvisoria, la gara.

Con determina dirigenziale n. 1633 del 22/12/2011 l'Amministrazione comunale procedeva all'aggiudicazione della gara in via definitiva (il cui esito veniva comunicato alla società ricorrente in data 23.12.2011), concludendo il relativo contratto.

Avverso detta aggiudicazione definitiva ed gli altri atti di gara indicati in epigrafe è stato proposto dalla seconda classificata soc. Aimeri Ambiente s.r.l. il presente ricorso, con cui sono stati dedotti i seguenti vizi: 1) violazione dei principi fondamentali vigenti in materia di gare pubbliche, di cui all'art. 2 del d. lgs 12 aprile 2006, n. 163, ed in particolare dei principi di correttezza e parità di trattamento; violazione dell'art. 11, commi 4 e 5, del d. lgs 12 aprile 2006, n. 163; violazione della lex specialis costituita dal bando e dal disciplinare di gara (artt. 7 e 12 disc.); eccesso di potere per difetto di presupposti e di istruttoria; sviamento ed irrazionalità manifesta: atteso che sarebbe stato erroneamente ricompreso tra i servizi di base in cui si articolava la raccolta domiciliare – ai quali soltanto, si sostiene, avrebbe dovuto aver riguardo la percentuale di valorizzazione proposta - anche quello della raccolta della frazione organica, da inglobare invece tra i servizi aggiuntivi; 2) violazione dei principi fondamentali vigenti in materia di gare pubbliche, di cui all'art. 2 del d. lgs 12 aprile 2006, n. 163, ed in particolare dei principi di correttezza e parità di trattamento; violazione dell'art. 11, commi 4 e 5, del d. lgs 12 aprile 2006, n. 163; violazione della lex specialis costituita dal bando e dal disciplinare di gara (artt. 7 e 12 disc.);

eccesso di potere per difetto di presupposti e di istruttoria; sviamento ed irrazionalità manifesta: atteso che l'offerta della Quendoz s.r.l. sarebbe stata inammissibile anche per avere proposto, nell'ambito dei servizi di base, percentuali di ribasso anormalmente alte per le voci campagna informativa (98,29%) e assistenza tecnica (97,57%), sostanzialmente equivalenti ad un'offerta "a costo zero";

3) violazione dell'articolo 10 della legge 7 agosto 1990, 241 in combinato disposto con l'art. 2 del d. lgs 163/06; eccesso di potere per vizio del procedimento e difetto di istruttoria: atteso che non sarebbero state prese in considerazione dal seggio di gara le osservazioni presentate dalla ricorrente in data 16/11/2011 in ordine all'offerta della Quendoz s.r.l.;

4) violazione nel principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione; violazione dei principi fondamentali vigenti in materia di gare pubbliche ed in particolare dell'art. 2 del d. lgs. 163/06 e dell'art. 283 del d.P.R. 207/10; eccesso di potere per vizio del procedimento: con riguardo alla composizione e al funzionamento della Commissione di gara (illegittima composizione nella seduta del 25/07/2011 per la presenza di un componente per il quale esisteva una causa di astensione; composizione incompleta nella seduta del 29/07/2011; violazione del principio di immutabilità);

5) violazione dei principi fondamentali vigenti in materia di gare pubbliche, con particolare riguardo al principio di correttezza e di necessaria custodia e segretezza delle offerte sino all'aggiudicazione; eccesso di potere per

vizio del procedimento. Sul punto la ricorrente ha posto in rilievo come dagli atti di causa non emergesse l'avvenuta applicazione di alcuna cautela per proteggere da manomissioni l'integrità dei plichi, atteso l'assoluto silenzio dei verbali sul punto e la mancanza di altre risultanze che in tal senso deponessero.

La società ricorrente ha chiesto in conclusione l'annullamento dell'aggiudicazione alla Quendoz s.r.l. e l'aggiudicazione in proprio favore, nonché la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente, medio tempore stipulato, e la condanna del Comune di Aosta al risarcimento, in forma specifica o, in subordine, per equivalente; in linea subordinata, l'annullamento dell'intera procedura di gara.

Il Comune di Aosta si è costituito in giudizio richiedendo la reiezione del proposto ricorso.

Si è, altresì, costituita la controinteressata Quendoz, che ha assunto identiche conclusioni.

Con ordinanza n. 6 del 15 febbraio 2012 è stata fissata l'udienza di trattazione del ricorso nel merito.

In vista dell'udienza tutte le parti hanno prodotto memorie.

All'udienza del 18.4.2012, in cui le parti hanno ribadito, nella discussione orale, le rispettive già esposte domande e conclusioni, la causa è stata trattenuta a sentenza.

In data 19 aprile 2012 è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza

DIRITTO

La controversia ha ad oggetto l'aggiudicazione in via definitiva alla società Quendoz S.r.l. della gara pubblica di appalto indetta dal Comune di Aosta per l'affidamento del servizio di igiene urbana e di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati sul territorio comunale.

Con il primo motivo, la ricorrente società Aimeri Ambiente lamenta la mancata esclusione della offerta economica presentata dalla società Quendoz, sul rilievo che la proposta migliorativa degli obiettivi minimi di valorizzazione da quest'ultima prodotta ricomprendeva - tra i servizi di base - anche la raccolta domiciliare della frazione organica.

Ad avviso della deducente, l'ordine sistematico del disciplinare di gara - segnatamente l'art. 12 - escludeva che nella proposta di valorizzazione potesse essere ricompresa la raccolta domiciliare della frazione organica, tenuto conto che l'art. 12 punto 2.2 riconduceva detto servizio nei servizi aggiuntivi.

Soggiunge la ricorrente che all'indicata conclusione doveva, inoltre, pervenirsi anche considerando: 1) che la proposta migliorativa degli obiettivi minimi di valorizzazione costituiva una sottovoce del punto 1.2 del più volte indicato art. 12 del disciplinare di gara: tale disposizione si riferiva chiaramente ai servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati, con esclusione della raccolta della frazione organica, stante il rinvio alle definizioni contenute nel

Capitolato speciale d'appalto (cfr. sottovoce 1.2.i) dell'art. 12 del disciplinare di gara in combinato disposto con l'art. 2 punto 2.2 e l'art. 6, punto 6.2 del C.S.A; 2) che, in caso di superamento o mancato raggiungimento delle percentuali dichiarate, l'art. 34 del CSA prevedeva che le relative premialità o penalità sarebbero state calcolate sul canone annuo riferito al servizio base di raccolta di cui all'art. 2, punto 2.2 del medesimo C.S.A..

Diversamente, in allegato contrasto con quanto stabilito dagli atti di gara, le percentuali di valorizzazione proposte dalla Società Quendoz , si sarebbero riferite, invece, al servizio di raccolta, comprensivo dell'attività aggiuntiva di raccolta della frazione organica.

Conclude sul punto la ricorrente che il raggiungimento di un valore così alto (dal 65% al 75%), relativamente alle proposte migliorative da parte della aggiudicataria, si sarebbe potuto giustificare solo considerando anche la frazione umida.

Detto ordine di idee non si ritiene di poter condividere.

Osserva, anzitutto, il Collegio che, come puntualmente rilevato dalla difesa della controinteressata, nella percentuale di valorizzazione proposta da Quendoz S.r.l. non era stata ricompresa la raccolta domiciliare della frazione umida, atteso che la dichiarazione d'offerta correlava - in conformità alla "scheda economica", allegata al disciplinare - la percentuale in essa indicata, essenzialmente ai "servizi base" e non anche ai "servizi aggiuntivi".

Analogamente i servizi di raccolta/trattamento/recupero dei rifiuti organici mediante compostaggio non sono stati inseriti dalla società Quendoz, tra i c.d. “servizi aggiuntivi”.

Conferma tale conclusione la circostanza che il “servizio di raccolta porta a porta dei rifiuti organici (umido)”, riportato nell’art. 6.6.2, punto 2) del capitolato speciale d’appalto, non ha contemplato anche l’attività di compostaggio. Da quest’ultima attività differiva, invero, “la raccolta, attraverso la distribuzione gratuita alle utenze di appositi cassonetti, nonché del relativo trasporto presso idoneo centro di smaltimento, ubicato sino ad una distanza di 30 km dai confini esterni del Comune”.

Va evidenziato che le percentuali dell’offerta proposte dalla società aggiudicataria per i sei anni di durata del servizio sono state indicate in misura superiore al minimo del 50%, di tal che non vi sarebbero stati giustificati motivi - sotto il profilo formale – per escluderla dalla gara per inammissibilità dell’offerta.

In ogni caso, quand’anche nella proposta migliorativa offerta dalla società Quendoz fosse stata ricompresa la raccolta della frazione organica, comunque l’offerta presentata dalla ricorrente non avrebbe sopravanzato quella della società aggiudicataria, classificatasi in posizione peggiore.

In sintesi, il maggior punteggio attribuito alla raccolta dell’umido non sarebbe stato in ogni caso decisivo ai fini della ammissibilità o meno dell’offerta.

Invero, dal raffronto dei punteggi ottenuti dalla Quendoz s.r.l. (punti 89,98) e di quelli dell'Aimeri Ambiente s.r.l. (punti 81,93), emergeva che il maggior punteggio attribuito alla aggiudicataria per la proposta migliorativa relativa alla frazione di raccolta dell'umido non avrebbe, come detto, modificato la situazione complessiva alla stregua della prova di resistenza.

In altri termini l'assegnazione alla ricorrente del punteggio massimo previsto (pari a 2/100) per la proposta migliorativa degli obiettivi minimi di valorizzazione ed alla controinteressata di quello minimo (pari a 0/100) non consentiva, come accennato, alla seconda classificata di sopravanzare in graduatoria sulla prima classificata

Il dedotto motivo deve essere perciò respinto.

Analogamente deve essere respinto il secondo motivo dedotto, dovendosi rilevare che alla stregua di una recente giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di appalti pubblici (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8/9/2010, n. 6495), "il giudizio che conclude il sub-procedimento di verifica delle offerte anomale, ha natura globale e sintetica - di controllo della serietà dell'offerta nel suo insieme, ed è espressione di un potere tecnico discrezionale dell'Amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese siano abnormi, manifestamente illogiche o affette da errori di fatto".

Nel caso di specie l'offerta della società aggiudicataria non poteva certamente qualificarsi - da un punto di vista "tecnico"- come

anomala (avendo conseguito per la componente economica 17,04 punti, inferiori ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi, pari a 25, previsti dal disciplinare di gara), per effetto dei pur rilevanti ribassi percentuali offerti per le voci campagna informativa (98,29%) e assistenza tecnica (97,57%), tenuto conto della ridotta incidenza delle predette voci (rispettivamente, € 210.000,00 e € 180.000,00) rispetto all'importo complessivo a base d'asta dell'appalto (€ 24.412.200,00), pari quindi a poco meno del 1,50%; sicché non ricorre l'ipotesi dell'offerta "a costo zero", avuto riguardo all'offerta nel suo complesso.

Anche detta censura deve essere perciò respinta.

Infondato è anche il terzo motivo – concernente l'asserita violazione dell'art. 10 della legge 241/1990 in combinato disposto con l'art. 2, comma 3, del d.lgs 163/2006, per non avere la commissione di gara preso in considerazione le osservazioni formulate dalla ricorrente con la nota del 16 novembre 2011 in ordine all'offerta della Quendoz s.r.l. -, considerato che, secondo quanto risulta dagli atti di causa, a seguito dell'esame delle offerte economiche la commissione di gara aveva richiesto alla odierna ricorrente taluni chiarimenti in ordine all'offerta della stessa: chiarimenti che sono stati forniti, appunto, con la citata nota del 16 novembre 2011, contenente altresì osservazioni in ordine all'offerta della Quendoz s.r.l., le quali ultime non sono state prese in considerazione dalla commissione "in quanto estranee a quanto richiesto". E tale motivazione appare corretta,

atteso che effettivamente, per questa parte, la citata nota del 16 novembre 2011 introduceva una tematica ulteriore e diversa rispetto a quella specifica in riferimento (la richiesta di chiarimenti in ordine all'offerta economica della odierna ricorrente).

In via subordinata la ricorrente ha proposto altri due motivi che se fondati condurrebbero all'annullamento dell'intera procedura di gara. Il collegio ritiene che il quinto motivo - con cui viene dedotta violazione dei principi fondamentali in materia di gare pubbliche, per la mancanza nei verbali della commissione di gara di alcuna verbalizzazione circa eventuali cautele adottate per la conservazione e la custodia in sicurezza delle offerte nel corso del procedimento - sia fondato, sulla scorta dell'orientamento recentemente ribadito dal Consiglio di Stato secondo cui: "la commissione di gara deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui deve farsi menzione nel verbale di gara, e tale tutela va assicurata in astratto e a prescindere dalla mancata dimostrazione dell'effettiva manomissione dei plichi, senza che tale illegittimità possa essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della commissione sulla conservazione in cassaforte della documentazione, atteso che tale dichiarazione non vale a sostituire le funzioni del verbale di gara, il quale è sottoscritto dai componenti della commissione; e che comunque anche una tal cautela non soddisfa le richiamate esigenze, in mancanza di prova di sigillatura

delle buste” (C. Stato, sez. V, 16-03-2011, n. 1617).

In sintesi l'omessa verbalizzazione delle cautele sulla conservazione dei plichi costituisce un vizio ex se invalidante.

Il suesposto motivo deve essere perciò accolto

In conclusione il ricorso deve essere accolto nei limiti di cui sopra, potendo restare assorbito l'ulteriore motivo dedotto in via subordinata. Per l'effetto vanno annullati gli atti della procedura di gara.

In considerazione dell'accoglimento del ricorso con riguardo esclusivamente al profilo procedimentale sopra specificato, non può trovare ingresso la domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate nella somma di € 3.000,00 oltre ad oneri di legge, che va posta a carico del Comune di Aosta , potendo restare integralmente compensate quelle fra l'istante e la società Quendoz S.r.l.;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie limitatamente alla domanda subordinata (5° motivo) e per l'effetto annulla l'intera procedura di gara.

Condanna il Comune di Aosta a corrispondere alla ricorrente la somma complessiva di € 3.000,00 (euro tremila/00) per spese, competenze ed onorari di difesa, oltre al contributo unificato.

Spese compensate fra la ricorrente e la società Quendoz S.r.l. .

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2012

IL SEGRETARIO

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