



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1054 del 2013, proposto da:
Technital Spa, Studio Altieri Spa, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco
Mazzoleni, domiciliato presso la Segreteria del TAR Veneto;

contro

Alto Vicentino Ambiente (A.V.A.) Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandra
Capuano Branca, Francesco Curato, con domicilio eletto presso Francesco M.
Curato in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

nei confronti di

Piero Ulivieri, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Chinaglia, Angela
Gemma, con domicilio eletto presso Giuseppe Chinaglia in Mestre, via Filiasi, 61;
Utres Ambiente Srl, Stefano Zuccolo, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe
Chinaglia, con domicilio eletto presso Giuseppe Chinaglia in Mestre, via Filiasi, 61;
Bruno Frinzi, Protecnos Srl, Bruno Capozzo, Tbf + Partner Ag;

per l'annullamento

della delibera A.V.A. 27/6/13 di aggiudicazione definitiva della gara; della nota A.V.A. prot. 4168 del 28/6/13; verbali di gara n.1 del 11/3/13, n. 2 del 25/3/13, n. 3 e 4 del 25/3/13, n. 5 del 4/4/13, n. 6 del 5/4/13, n. 7 del 15/4/13, n. 8 del 6/5/13, n. 9 del 6/5/13 e n. 10 del 10/6/13, nella parte in cui non hanno escluso dalla gara gli attuali controinteressati; delle note A.V.A. del 8 maggio 2013 e del 29 maggio 2013, del verbale di verifica dei requisiti; della comunicazione A.V.A. del 28 giugno 2013; dell'art. 11.3 lett. d del disciplinare di gara (ultimo periodo).

Con istanza di dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e per il subentro nello stesso del ricorrente, in subordine il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alto Vicentino Ambiente (A.V.A.) Srl e di Piero Ulivieri e di Utres Ambiente Srl e di Stefano Zuccolo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2013 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente è risultato secondo graduato, ex equo, con un'altra società concorrente, nella gara indetta dal gestore dell'impianto di incenerimento di rifiuti urbani nel comune di Schio, per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di ingegneria relativi alle prestazioni di direzione lavori, compresa la tenuta della contabilità e l'assistenza al collaudo; coordinamento per la sicurezza nella fase di esecuzione; responsabile dei lavori.

Il ricorrente affida il ricorso giurisdizionale a cinque motivi di gravame.

Tutte le parti hanno, poi, prodotto memorie in merito.

Preliminarmente il Collegio deve scrutinare l'eccezione di inammissibilità del ricorso, avanzata dalla resistente e dal controinteressato, per difetto di interesse del ricorrente, atteso che lo stesso è risultato graduato al secondo posto, pari merito con un altro concorrente ed il Consiglio di Stato, nell'ordinanza n.4333/2013, è dell'opinione che tale evenienza impedisca, in ogni caso, l'aggiudicazione.

Osserva il Collegio che nel caso di specie deve trovare applicazione l'istituto dell'offerta migliorativa, così come contenuta nel regolamento di contabilità generale dello Stato (R.D. n. 827/1924), tutt'ora vigente, indipendentemente dal suo espresso richiamo nei bandi di gara, perchè, la citata norma, non è stata abrogata, né implicitamente, né esplicitamente dalla successiva normativa in materia di appalti.

Conseguentemente, nel caso di offerte valutate con stesso punteggio, nella impossibilità di svolgere l'esperimento migliorativo che, comunque, da un lato meglio risponde al principio generale della libera concorrenza e, dall'altro, consente all'amministrazione di ottenere la prestazione oggetto dell'appalto alle migliori condizioni di mercato - l'art. 77 del R.D. n. 827/1924 esclude tale procedura solo "ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, o i presenti non vogliano migliorare l'offerta" (TAR Sicilia, Sezione III Palermo, 19 gennaio 2007, n. 165) -, la stazione appaltante deve individuare l'aggiudicatario attraverso il sorteggio (cfr. C.G.A. 19 marzo 2002, n. 144 e 15 febbraio 2005, n. 61).

Quindi, rilevato che la ricorrente è stata graduata ex equo con un'altra concorrente, se al momento dell'aggiudicazione, difettassero offerte migliorative, sarà compito della stazione appaltante procedere al sorteggio per individuare l'aggiudicatario.

Ciò smentisce il fatto che la ricorrente difetti, proprio per la sua peculiare posizione in graduatoria, della legittimità a ricorrere, né che, alla stessa, è inibita l'aggiudicazione della gara.

Con riferimento, poi, al ricorso principale, lo stesso è fondato con riferimento al primo ed assorbente motivo di gravame.

Sostiene, infatti il ricorrente che, il costituendo R.T.I. aggiudicatario, non poteva essere ammesso o, comunque, doveva essere escluso dalla gara, perché uno dei suoi componenti : l'ing. Stefano Zuccolo, aveva redatto, sempre a favore della stazione appaltante, il piano di sicurezza e coordinamento dell'opera da realizzare, a supporto del quale, il servizio di ingegneria costituisce l'oggetto di gara.

La rilevata incompatibilità, a mente degli artt. 2 e 90 del dlgs 163/2006, in uno con i punti 9, rispettivamente del bando e del disciplinare di gara, sollevata nel corso della gara era stata, dalla stazione appaltante respinta, anche sulla base di due pareri, all'occorrenza richiesti ai legali di fiducia, perché, a dire della stessa, tale incompatibilità è testualmente prevista dalla norma unicamente nelle gare di appalto per l'esecuzione di lavori, nulla prevedendo, invece, con riferimento, come nel caso di specie, per le gare relative ai servizi di ingegneria.

Ora è necessario precisare che la legge di gara (art. 9) mutua le incompatibilità previste dal legislatore primario all'art. 90, comma 8 del dlgs 163/2006 citato.

Quindi è necessario procedere allo scrutinio della citata norma onde verificare se le incompatibilità ivi previste possano essere riferite anche alla presente vicenda.

E' incontrovertibile che uno dei componenti la R.T.I. aggiudicataria ha redatto, per la stazione appaltante, il piano di sicurezza e coordinamento comunque connesso all'attività oggetto di gara, perché relativo al progetto definitivo concernente l'appalto integrato per la realizzazione del rifacimento del forno caldaia ed adeguamento della linea 1 del termovalorizzatore di proprietà della resistente.

Nel caso di specie, quindi, il servizio di ingegneria da affidare era attinente e si riferiva, in buona sostanza, al riferito impianto di incenerimento di rifiuti urbani e, segnatamente, alla realizzazione dei previsti lavori di rifacimento del forno/caldaia, del ciclo termico e di adeguamento della sezione fumi della linea 1.

Ora, la peculiarità dell'opera, cui il servizio di ingegneria oggetto di gara si riferiva, non può, certo, essere accumulata, né confusa con la progettazione di una diversa ed ordinaria opera urbanistica.

Il penetrante intervento manutentivo e di adeguamento del termovalorizzatore riguarda e coinvolge, all'evidenza, tutta la comunità che insiste nell'area.

Per cui, la predisposizione e la realizzazione del piano di sicurezza conferente all'opera in questione assume un ruolo di significativa valenza, anche e soprattutto a tutela della salute e della sicurezza dei cittadini, tanto che la sua predisposizione deve necessariamente considerare una serie ulteriore di fattori direttamente connessi all'opera da realizzare.

Ebbene, come emerge dalla disamina del piano della sicurezza predisposto dall'ing. Zuccolo e prodotto in atti, la reale natura e complessità dello stesso comporta la penetrante disamina di una pluralità di dati che non riguardano esclusivamente la individuazione delle possibili criticità dell'opera nei confronti dei soli lavoratori, ma si riferiscono, anche, alle evenienze strutturali conseguenti all'opera da realizzare.

Tali ulteriori cognizioni hanno, certamente favorito, o quanto meno privilegiato, l'aggiudicataria nella predisposizione dell'offerta di gara.

A nulla vale il rilievo che detto piano era nella disponibilità di tutti i concorrenti atteso che il redattore è stato in grado di accedere a dati e conoscenze ulteriori rispetto a quelle utilizzate.

Sul punto è opportuno segnalare che tale obiettiva evenienza, ha pregiudicato la par condicio tra le parti nello svolgimento della gara, proprio perché una di essa ha

avuto accesso ad un maggior numero di informazioni che, non si può escludere, sono state, poi, utilizzate nella formulazione della offerta.

L'indicata e teorica posizione di vantaggio, però, non determina una automatica esclusione della concorrente, ma determina, secondo la pacifica giurisprudenza, una inversione dell'onere probatorio, ossia il concorrente "privilegiato" deve dimostrare, in concreto, di non essersi avvantaggiato della sua posizione conoscitiva ai fini dell'offerta (Corte di Giustizia delle Comunità europee 3 marzo 2005 nelle cause riunite C-21/03 e C34/03).

Il principio è stato poi ripreso anche dal Consiglio di Stato che ha precisato la necessità di evitare che vi sia una "differente posizione di partenza" nella partecipazione alla procedura di scelta, che dia luogo ad un indebito vantaggio per l'impresa aggiudicataria (Cons. St. Sez. V, 10 agosto 2010, n. 5535).

Quindi, appare dirimente, il fatto che l'ing. Zuccolo ha avuto la possibilità di acquisire ed entrare in possesso di una serie di dati ed informazioni necessarie alla predisposizione del piano della sicurezza che, però, non sono state tutte riversate e formalizzate nel piano, o meglio non risultano messe a disposizioni di tutti i concorrenti, né lo stesso ha dichiarato formalmente di non avere ulteriori informazioni in merito all'opera da realizzare, oltre a quelle già indicate nel piano per la sicurezza.

In altri termini, il principio espresso, intende conformare le diverse posizioni dei concorrenti impedendo che una migliore e singolare conoscenza dei dati, comunque attinenti alla gara, assunti per un precedente e particolare rapporto con la stazione appaltante possa, in qualche modo, favorire il concorrente nella predisposizione dell'offerta.

Né si può, ragionevolmente, sostenere che tale principio riguardi esclusivamente il divieto, per chi ha assunto incarichi di progettazione, di partecipare alle gare per la concessione o per gli appalti di lavori pubblici, perché la partecipazione ad una

procedura selettiva, di qualunque natura, deve essere informata anche dalle disposizioni di cui all'art. 2 del dlgs 163/2006, volte a garantire la non discriminazione e la par condicio tra i candidati, anche sotto il profilo conoscitivo.

E' pertanto onere del concorrente che, in qualche modo, ha partecipato a pregressi progetti, comunque attinenti alla gara, quello di dimostrare che le conoscenze pertanto acquisite non hanno pregiudicato la regolarità della stessa né, peraltro, è sufficiente rappresentare la residualità e marginalità del precedente rapporto con la stazione appaltante, perché i dati conosciuti ed informativi acquisiti, ma non partecipati, possono ingenerare il sospetto che tali cognizioni hanno avuto un significativo ruolo nell'aggiudicazione della gara.

In altre parole.

E' necessaria una formale attestazione che i dati eventualmente acquisiti, in ragione di pregressi rapporti con la stazione appaltante, sono stati tutti partecipati agli altri concorrenti, ovvero che non sussiste una tale situazione di vantaggio.

La mancanza di una tale previsione normativa è superata dall'insegnamento giurisprudenziale comunitario riportato che ha ritenuto opportuna una inversione dell'onere probatorio in capo al soggetto che risulterebbe favorito dal precedente rapporto conoscitivo.

Quindi, è necessario considerare che i motivi di esclusione per confusione tra progettista ed esecutore indicati nell'art. 90 dlgs 163/2006, devono essere letti in combinato con l'art. 2 del codice dei contratti, in uno con la riferita inversione dell'onere probatorio.

Ciò non significa una generalizzata e indistinta interpretazione estensiva o analogica a scapito della ritenuta applicazione rigorosa e rigida della norma.

Tale costruzione dommatica deve calarsi e confrontarsi proprio con la concreta evenienza della gara e del suo oggetto così come previsto nel bando.

Nel caso in esame la peculiarità dell'opera urbanistica, cui è collegato il servizio di ingegneria oggetto di gara, comporta che non può essere sottovalutato il momento conoscitivo utilizzato da un concorrente per predisporre il piano di sicurezza di un'opera di significativo impatto sociale.

Per tale motivo il ricorso deve essere accolto e l'aggiudicatario deve essere escluso, mentre il contratto stipulato dichiarato inefficace.

Il servizio deve essere affidato al secondo graduato previo espletamento della procedura di cui all'art. 77 R.D. n. 827/1924.

Conseguentemente deve essere respinta la richiesta di risarcimento del danno.

La peculiarità della vicenda convince il Collegio a compensare le spese di lite ad eccezione del contributo unificato che deve essere restituito alla ricorrente, pro quota, dalla resistente e dalla controinteressata costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti in epigrafe censurati nella parte in cui hanno determinato l'aggiudicazione definitiva della gara alla controinteressata non preventivamente esclusa.

Dichiara, ai sensi dell'art. 122 cpa, l'inefficacia del contratto stipulato dalla resistente con il controinteressato in data 29 novembre 2013 e dispone il subentro del secondo graduato previo espletamento della procedura di cui all'art. 77 R.D. n. 827/1924.

Respinge la richiesta di risarcimento del danno.

Compensa le spese di lite ad eccezione del contributo unificato che deve essere restituito alla ricorrente, pro quota, dalla resistente e dalla controinteressata costituita.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2013 con
l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/03/2014

IL SEGRETARIO

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