

N. 00191/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00889/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 889 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' Comer Engineering Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Ilaria Deluigi, Francesco Massa, con domicilio eletto presso Francesco Massa in Genova, via Roma 11/1;

contro

Amiu Genova Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

Cesaro Mac Import Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Pavanini, Valeria Zambardi, Lorenzo Acquarone, con domicilio eletto presso Lorenzo Acquarone in Genova, via Corsica 21/18-20;

per l'annullamento

PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE FORNITURA
IMPIANTO DI TRATTAMENTO E VALORIZZAZIONE RIFIUTI

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Amiu Genova Spa e di Cesaro Mac Import Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2011 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società ricorrente, quale impresa del settore della produzione installazione e fornitura di macchine ed impianti industriali per la salvaguardia dell'ambiente e lo sviluppo ecosostenibile, impugnava l'aggiudicazione di un appalto rilevante (pari ad euro 2.250.000,00) avente ad oggetto la fornitura di un impianto di trattamento e valorizzazione di rifiuti senza previa pubblicazione del bando e senza alcuna gara ex art. 57 comma 2 d.lgs. 163\2006.

Avverso l'atto di aggiudicazione senza gara si muovevano pertanto le seguenti censure:

- violazione degli artt. 57 comma 2 lett b) e 68 u.c. d.lgs. 163\2006, 3, 41, 97 Cost, sviamento, difetto di presupposto, travisamento fatti, difetto di motivazione ed istruttoria, illogicità e irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta, violazione del principio di tutela della concorrenza e di libero mercato, in quanto i brevetti invocati sarebbero equivalenti a quelli prodotti e forniti dalla ricorrente e comunque in Italia ed in Europa sarebbero numerose le aziende in grado di fornire separatori balistici del tipo in oggetto.

Veniva altresì formulata istanza di declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto.

L'amministrazione intimata e la parte controinteressata si costituivano in

giudizio e chiedevano il rigetto del gravame.

Con atto di motivi aggiunti depositato in data 9\11\2010 parte ricorrente estendeva l'impugnazione a tutti gli atti della procedura, prodotti in giudizio dalle controparti, dall'autorizzazione all'espletamento della procedura negoziata, alle note esplicative di ratifica dell'operato.

Con ordinanza istruttoria n. 14 del 29\11\2010 veniva respinta la domanda di parte resistente di acquisizione di elementi circa l'affidabilità e consistenza della ricorrente, basati su una mera notizia di stampa, reputata irrilevante nel presente giudizio.

Con nuovo atto di motivi aggiunti depositato in data 14\12\2010 veniva dedotta una ulteriore censura, in termini di violazioni e profili di eccesso di potere analoghi al precedente vizio, in quanto sulla scorta dell'esame della relazione tecnica datata 23\3\2010 allegata all'istanza di autorizzazione di amiu emerge che già, ben prima della relazione tecnica datata 15\6\2010, la stazione appaltante faceva espressa menzione dei separatori e dei nastri stadler.

Con ordinanza n. 573 del 2010 questo Tar fissava l'udienza di discussione per sussistenza del fumus boni juris senza disporre le richieste misure cautelari per mancanza del necessario periculum qualificato.

Alla pubblica udienza del 20\1\2011 la causa passava in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, va dichiara prima facie infondata l'eccezione di inammissibilità del gravame per difetto di legittimazione della ricorrente in quanto da un sito internet di un giornale risulterebbe che la stessa impresa Comer non pagherebbe gli stipendi; infatti, se per un verso parte ricorrente ha ampiamente dimostrato di essere un'impresa del settore che produce e fornisce impianti analoghi a quelli oggetto di fornitura (con ciò risultando altresì superati i dubbi genericamente sollevati dalla difesa controinteressata), per un altro verso la mera notizia giornalistica (estratto

di sito internet di giornale locale) invocata da parte resistente, oltre a non acquisire alcun valore neppure indiziario, risulta comunque smentita dalla produzione del d.u.r.c. datato 7\12\2010 (quindi successivo alla “notizia di stampa”).

Passando all'esame del merito, la presente controversia si incentra sulla presunta violazione della norma che, in via eccezionale, consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per alcune ipotesi tra cui, in particolare per quel che rileva nella specie, quella di cui alla lett b del comma 2 dell'art. 57 cit. in base alla quale per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto può essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato.

In generale, come noto, la procedura negoziata senza bando di gara costituisce una deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici e pertanto i casi in cui essa è legislativamente consentita sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, con onere dell'Amministrazione di motivare espressamente la sussistenza dei presupposti giustificativi (cfr. ad es. vedi Corte di Giustizia CE, 8.4.2008, n. 337; I, 2.6.2005, n. 394; II, 13.1.2005, n. 84; I, 14.10.2004, n. 340; II, 14.9.2004, n. 385; V, 10.4.2003, n. 20).

La motivazione circa la necessità della trattativa con unico imprenditore deve essere rigorosa e non inficiata da vizi logici. Non basta, ad esempio, affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente venire affidato ad un solo imprenditore; né basta a detti fini affermare che i lavori o il servizio o la fornitura abbiano caratteristiche tecniche particolari. Occorre, invece, dimostrare che un determinato soggetto sia l'unico imprenditore nella Comunità a disporre del know how necessario per eseguire la prestazione. I presupposti per il ricorso alla procedura negoziata ricorrono soltanto quando si tratti di

qualità talmente particolari dell'impresa da farla apparire, sia sotto il profilo delle maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, sia per il prodotto o il servizio offerto, come l'unica in grado di eseguire un'opera o una prestazione dalle caratteristiche tecniche assolutamente particolari, sì che l'art. 57 comma 2, lett. b), d.lg. n. 163 del 2006 trova applicazione in casi del tutto normali, quali quelli di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche (cfr. ad es. cfr. Consiglio di Stato sez. IV, n. 2728 del 2000 T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 16 gennaio 2010 , n. 286).

In tale contesto, quindi, è onere dell'amministrazione individuare le caratteristiche esclusive del servizio con estremo rigore ed ampiezza descrittiva in modo da poter dimostrare l'inutilità o comunque l'impossibilità di un confronto concorrenziale il cui esito sarebbe pressoché scontato a priori perché solo un operatore è in grado di assicurare la prestazione richiesta (cfr. ad es Tar Lazio n. 286\2010 cit.).

Presupposto di ciò è la preliminare individuazione dell'oggetto della prestazione da rendere, e non del macchinario che si ritiene più adatto, accompagnata da una preliminare indagine di mercato, da svolgersi all'evidenza ex ante non ex post (cfr. ex multis T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 11 novembre 2009 , n. 11069 e Consiglio Stato , sez. V, 31 dicembre 2007 , n. 6797) da cui risulti l'unicità dell'operatore in grado di svolgere quella prestazione (non certo quale sia quello che la svolge nel modo reputato migliore).

L'analisi deve quindi prendere le mosse dalla motivazione posta a base della scelta impugnata. Nel caso di specie l'avviso volontario della trasparenza evidenziava lo svolgimento di approfondito studio tecnico in base al quale è stato individuato quale unico impianto in grado di soddisfare le esigenze aziendali sia dal punto di vista della logistica che della valorizzazione dei rifiuti differenziati quello prodotto in esclusiva dalla società stadler a.g. di

a. in forza di brevetti europei nn. 1206978 e 1138401 – tale impianto è commercializzato in esclusiva per l'Italia dalla ditta aggiudicataria. Come approfondito studio tecnico le parti resistenti richiamano la relazione tecnica del 15\6\2010 e le seguenti note esplicative amiu, da cui emergono i seguenti elementi che hanno portato alla valutazione di esclusività: l'esigenza di amiu di realizzare un piattaforma per la valorizzazione delle frazioni secche provenienti dalla raccolta differenziata, in base a obiettivi di portate di trattamento delle frazioni di interesse e dei livelli di qualità dei materiali in uscita dal trattamento; il perseguimento di tali obiettivi dipende dalle macchine che operano di fatto la separazione dai flussi dei diversi tipi di materiali; per la valorizzazione della plastica e dei materiali a base cellulosica le indagini di mercato (invero non indicate) e l'esperienza maturata portano a ritenere più performante, anche in termini di costo, la tecnologia dei separatori balistici; che solo (senza indicare in base a quali elementi) la stadler è in grado di fornire separatori balistici che, in base ai brevetti, realizzano le portate ed i livelli di qualità (senza indicare quali siano) attesi; che occorre referente unico e che la stadler è leader europeo nel settore.

Nel caso di specie, applicando i parametri generali predetti, la procedura contestata appare viziata sotto entrambi i profili richiesti dalla norma e dalla giurisprudenza sopra richiamata.

Preliminarmente, ed in termini di per sé assorbenti, dall'analisi degli atti emerge come non sia stata svolta alcuna attività qualificabile in termini di indagine di mercato, la quale presuppone sia il contattare un certo numero di operatori di mercato che l'acquisire gli elementi in ordine ai relativi prodotti; nella specie vi è solo un'indagine tecnica interna in cui l'unico macchinario esaminato è quello prescelto, senza l'indicazione di elementi acquisiti anche solo informativi in ordine ad altri eventuali analoghi macchinari, anche solo per evidenziarne l'incapacità a svolgere quella

prestazione.

All'evidenza l'indagine va poi svolta ex ante, cioè prima di determinarsi alla procedura negoziata, alla stregua del principio generale che esclude la possibilità di integrare ex post la motivazione delle determinazioni amministrative, ancor di maggior rilievo a fronte dei principi comunitari all'origine della disciplina in esame.

Nel caso di specie, se per un verso come detto nessuna indagine (da condurre presso i fornitori e produttori in ordine ai macchinari esistenti per quella prestazione) in tal senso risulta essere stata compiuta ex ante, per un altro verso, come specificamente evidenziato da parte ricorrente, la predeterminazione della scelta e la mancanza di indagine di mercato trovano conferma a monte del presunto ordito motivazionale di confronto di cui alla invocata relazione del 15\6\2010, atteso che già tre mesi prima, nell'ambito della relazione preparatoria presentata in provincia per l'approvazione del progetto, l'unico macchinario indicato è espressamente quello (stadler) poi individuato come unico possibile.

Pur dinanzi al carattere assorbente delle predette considerazioni, ragioni di completezza dell'esame delle censure dedotte impongono di svolgere altresì l'analisi applicativa nella specie dell'altro presupposto indicato, l'unicità della prestazione. Infatti, nel caso de quo l'approfondimento tecnico (parziale e non di mercato) posto a fondamento della determina analizza l'unicità del macchinario prescelto, non l'unicità della prestazione da svolgere.

Se per un verso a nulla rileva che il macchinario individuato a monte sia, secondo la valutazione interna della stazione appaltante, il migliore, in quanto ciò deve essere oggetto di valutazione in sede di un confronto concorrenziale che certamente inutile non è sulla scorta dei principi generali in materia (specie laddove, come nel caso de quo, il macchinario sia solo uno degli elementi della prestazione), per un altro verso parte ricorrente ha

indicato numerose altre ditte che producono e forniscono non solo macchinari in grado di svolgere quella prestazione ma altresì alcuni con le stesse caratteristiche (di inclinazione parziale ad esempio) in asserito possesso della stadler, i cui brevetti in ogni caso non riguardano la prestazione ma solo alcune specifiche caratteristiche del macchinario. In proposito, se nessun rilievo può attribuirsi nella specie a presunte (e meramente affermate in assenza di qualsiasi elemento indiziario sul punto) contestazioni circa l'uso o abuso del brevetto, le numerose offerte possibili richiamate da parte ricorrente, oltre a non essere smentite in toto, confermano la sussistenza di un mercato ben più ampio delle limitate considerazioni di ordine tecnico svolte nella relazione invocata dalle parte resistenti e che ha ad oggetto macchinari analoghi in grado di svolgere l'attività in oggetto.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Diversamente, vanno dichiarate inammissibili le domande ulteriori, concernenti la declaratoria di inefficacia ed il risarcimento del danno, in quanto, pur dinanzi al disposto dell'art. 121 cod proc amm, nel caso de quo nelle more non risulta stipulato il paventato contratto, né parte ricorrente ha fornito elementi adeguati in ordine alla situazione di fatto sottostante.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso di cui in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati. Dichiarà inammissibili le restanti domande.

Condanna le parti resistenti al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente, liquidate in complessi euro 5.000,00 (cinquemila\00), oltre

accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2011

con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2011

IL SEGRETARIO

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