

N. 01376/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00473/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 473 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ecolsud s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Paccione, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Quintino Sella, 120;

contro

Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e Basilicata, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Romano, con domicilio eletto presso l'avv. Ernesto Guerrieri in Bari, via Manzoni, 51;

nei confronti di

Panda s.a.s. di Mancaniello Luigia & C., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Mescia e Giuseppe Mescia, con domicilio eletto presso l'avv. Vincenzo Resta in Bari, via Paisiello 55;

per l'annullamento

della delibera dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e Basilicata n. 12 del 20 gennaio 2009, recante l'aggiudicazione della procedura aperta per il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei

rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo, compresi piccoli animali da esperimento e parti anatomiche degli stessi, e dei rifiuti sanitari non pericolosi prodotti dall'ente;

del bando di gara e del capitolato speciale (art. 30), limitatamente alla parte in cui prevede che il versamento a favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici debba essere pari ad euro 20;

della nota dell'Istituto prot. n. 21041 del 4 novembre 2008;

dei verbali di gara e di ogni atto connesso, in quanto lesivo, ancorché non conosciuto;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e Basilicata e di Panda s.a.s. di Mancaniello Luigia & C.;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Luigi Paccione, Giuseppe Romano e Giuseppe Mescia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Luigi Paccione; Walter Campanile e Giuseppe Romano; Giuseppe Mescia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera del 16 luglio 2008, l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e Basilicata ha indetto una procedura aperta per l'affidamento quinquennale del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo e dei rifiuti sanitari non pericolosi, di

importo annuale a base di gara pari ad euro 400.000, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pervenute quattro offerte, la Panda s.a.s. di Mancaniello Luigia & C. è risultata prima in graduatoria ed aggiudicataria, con il punteggio complessivo di 95,47 (di cui: 47 per l'offerta tecnica e 48,47 per l'offerta economica); l'odierna ricorrente Ecolsud s.r.l. si è classificata seconda, con il punteggio complessivo di 95,00 (di cui: 45 per l'offerta tecnica e 50 per l'offerta economica).

Avverso gli atti di gara e l'aggiudicazione definitiva, disposta dall'Istituto con deliberazione n. 12 del 20 gennaio 2009, la Ecolsud s.r.l. deduce motivi così riassumibili:

- 1) violazione dell'art. 1, commi 65-ss., della legge n. 266 del 2005, violazione della delibera del 24 gennaio 2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, incompetenza ed eccesso di potere per contraddittorietà: la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la società aggiudicataria e gli altri concorrenti, che avrebbero versato il contributo all'Autorità per un importo uguale a quello richiesto dal capitolato di gara ma inferiore a quello previsto dalla legge (euro 20 anziché euro 70), su conto corrente diverso da quello indicato dall'Autorità;
- 2) violazione del principio di imparzialità ed eccesso di potere per illogicità, difetto di istruttoria e di motivazione, ingiustizia manifesta e sviamento: la commissione di gara avrebbe ingiustamente attribuito, per la voce "campionatura", il punteggio massimo di 10/10 all'aggiudicataria ed il punteggio di 8/10 alla ricorrente, a causa dell'asserita mancanza dell'etichettatura prevista dalla legge;
- 3) violazione dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per contraddittorietà, difetto d'istruttoria, ingiustizia manifesta e disparità di trattamento: la commissione di gara avrebbe ingiustamente valutato le offerte tecniche, anche con riguardo alla voce "descrizione del servizio",

per la quale ha assegnato il punteggio di 15/20 sia alla ricorrente che all'aggiudicataria, ed alla voce "campionatura", per la quale ha assegnato all'aggiudicataria il punteggio massimo di 10/10 ed alla ricorrente il punteggio di 8/10.

L'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e Basilicata si è costituito ed ha replicato a tutte le censure svolte dalla ricorrente, chiedendone il rigetto.

Si è costituita anche la controinteressata Panda s.a.s. di Mancaniello Luigia & C., che ha svolto difese in merito ai motivi dedotti con il ricorso principale ed ha altresì notificato ricorso incidentale, volto a dimostrare l'illegittimità del giudizio formulato dalla commissione di gara sull'offerta della Ecolsud s.r.l., in relazione alla voce "campionatura": a suo dire, tutte le tipologie di contenitori proposti dalla società ricorrente sarebbero state prive della etichettatura prescritta dalla legge, motivo per il quale la commissione avrebbe dovuto assegnarle un punteggio pari a zero, anziché il punteggio di 8/10.

Questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensiva, con ordinanza n. 227 del 22 aprile 2009, confermata in appello dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 3613 del 15 luglio 2009.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 6 luglio 2011, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo, la Ecolsud s.r.l. deduce violazione dell'art. 1, commi 65-ss., della legge n. 266 del 2005, nonché violazione della delibera del 24 gennaio 2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, affermando che l'Amministrazione procedente avrebbe dovuto escludere dalla gara la Panda s.a.s. di Mancaniello Luigia & C. e gli altri concorrenti, che avrebbero allegato all'offerta ricevute di pagamento del contributo versato all'Autorità in misura corrispondente a quella prescritta dal

capitolato di gara (euro 20) ma inferiore a quella prevista dalla legge (euro 70), per di più su conto corrente diverso da quello indicato dall'Autorità.

Il motivo è infondato.

L'art. 30 del capitolato di gara prescriveva, in modo erroneo, il versamento da parte dei concorrenti del contributo in favore dell'Autorità di vigilanza nella misura di euro 20 sul conto corrente postale n. 871012, intestato alla Tesoreria provinciale dello Stato.

Con comunicazione del 4 novembre 2008, inviata a tutte le ditte che avevano effettuato il versamento attenendosi alle indicazioni della lex specialis di gara, l'Istituto ha opportunamente consentito la regolarizzazione dei pagamenti, oltre il termine per la presentazione delle offerte (scaduto il 29 settembre 2008).

Ad avviso del Collegio, la circostanza che la società aggiudicataria abbia inizialmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante, nel bando di gara, non può andare in danno della stessa, se la clausola del bando si rivela non esattamente conforme alle prescrizioni normative in materia di pagamento del contributo obbligatorio all'Autorità di vigilanza, dovendo prevalere in tal caso, a fronte di un'obiettiva incertezza ingenerata dagli atti di gara, il principio del favor participationis e quello di tutela del legittimo affidamento.

Come è noto, il principio di tutela dell'affidamento ingenerato dall'Amministrazione con propri atti o comportamenti è affermato nell'ordinamento comunitario (cfr., tra molte, Corte Giust. CE, sent. 19 maggio 1983, C-289/81, Mavridis; Id., sent. 8 giugno 2000, C-396/98, Grundstücksgemeinschaft; in tema di affidamento indotto dalla formulazione degli atti di gara, cfr. la nota Corte Giust. CE, sent. 27 febbraio 2003, C-327/00, Santex) quale corollario del generale principio di certezza del diritto nonché, secondo diversa ricostruzione, quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona

fede all'interno del rapporto giuridico.

Nel nostro ordinamento, sul piano costituzionale, la dottrina e la giurisprudenza ne hanno individuato il fondamento negli artt. 2, 3 e 97 della Costituzione, quale espressione rispettivamente del dovere di solidarietà, del principio di uguaglianza e ragionevolezza, del principio di imparzialità (cfr. Corte cost., sent. 4 novembre 1999 n. 416).

Il principio si traduce in un limite all'adozione di provvedimenti negativi o sfavorevoli, in presenza di un contegno tenuto dall'Amministrazione che sia idoneo a suscitare falsi affidamenti.

Nelle ipotesi di equivocità delle prescrizioni del bando di gara, la tutela del legittimo affidamento impone che si dia alla lex specialis una lettura idonea a salvaguardare la posizione dei concorrenti in buona fede, dispensandoli dal dover ricostruire, attraverso indagini integrative, ulteriori ed inespressi significati della volontà della stazione appaltante, che vanifichino il principio di massima partecipazione e l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta (cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2009 n. 3320; TAR Puglia, Bari, sez. I, 8 giugno 2011 n. 842).

Da ultimo, alle riferite conclusioni è pervenuta in sede pre-contenziosa anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, in relazione a fattispecie pressoché identica alla presente, affermando il principio secondo il quale, ove la stazione appaltante non abbia provveduto tempestivamente a rettificare l'importo del contributo, non può farsi ricadere tale negligenza in capo ai partecipanti alla gara, i quali hanno considerato il bando quale criterio esclusivo di orientamento circa l'importo effettivo da versare (così A.V.C.P., parere 21 maggio 2008 n. 164).

Per quanto detto, il motivo è infondato.

2. Il secondo ordine di censure, ulteriormente sviluppato con i motivi aggiunti notificati in corso di causa, attiene invece alle valutazioni effettuate dalla commissione di gara in ordine alle offerte tecniche ed ai relativi

punteggi numerici.

In sintesi:

- per la voce “campionatura”, la commissione avrebbe ingiustamente attribuito il punteggio massimo di 10/10 all’aggiudicataria ed il punteggio di 8/10 alla ricorrente, a causa dell’asserita mancanza, nell’offerta di quest’ultima, dell’etichettatura prevista dalla legge;
- anche con riguardo alla voce “descrizione del servizio”, la commissione avrebbe ingiustamente equiparato le due offerte tecniche, assegnando l’identico punteggio di 15/20 sia alla ricorrente che all’aggiudicataria, sebbene quest’ultima avesse fornito indicazioni generiche ed incomplete riguardo alla tenuta dei registri, al numero degli operatori ed al “consulente ADR”.

Anche per tale parte il ricorso è infondato.

Quanto al primo dei profili contestati, deve rilevarsi che l’art. 6.2. del capitolato di gara prevedeva l’attribuzione di un massimo di 10 punti per la voce “campionatura” e rinviava, per le specifiche tecniche, al successivo art. 7.

L’art. 7 del capitolato di gara prescriveva espressamente, per lo svolgimento del servizio, la fornitura di idonei contenitori in funzione delle diverse tipologie di rifiuti sanitari, di colore diverso e recanti le scritte “IZS – Rifiuti Speciali Sanitari”, “IZS – Rifiuti Sanitari Pericolosi a rischio chimico allo stato liquido” e “IZS – Rifiuti Sanitari Pericolosi a rischio chimico allo stato solido”.

Assumeva dunque diretta rilevanza, anche ai fini dell’attribuzione dei punteggi, l’etichettatura della campionatura dei contenitori.

Nella seduta di gara del giorno 11 dicembre 2008, la commissione ha constatato l’assenza dell’etichettatura su alcuni dei contenitori per rifiuti pericolosi offerti dalla Ecolsud s.r.l. (cfr. pag. 4 del verbale) ed ha, conseguentemente, assegnato alla stessa il punteggio di 8/10, inferiore a

quello massimo consentito dal capitolato. Nella stessa seduta, la commissione ha invece assegnato il punteggio di 10/10 all'odierna controinteressata, la cui campionatura è stata giudicata del tutto conforme alle specifiche tecniche allegate al bando.

Quanto, poi, alla voce "descrizione del servizio", la commissione di gara ha legittimamente considerato, ai fini dell'attribuzione del punteggio, la messa a disposizione da parte dell'aggiudicataria Panda s.a.s. di Mancaniello Luigia & C. di un "consulente ADR" a tempo pieno, ossia di un esperto per la sicurezza del trasporto di merci pericolose, ai sensi dell'art. 11 del d. lgs. n. 35 del 2010 (di recepimento ed attuazione della direttiva comunitaria 2008/68/CE).

Sul punto, anche l'art. 7.2. del capitolato di gara assegnava rilevanza al rispetto delle "norme ADR".

La difesa della società aggiudicataria ha peraltro provato, in corso di causa, l'esistenza del rapporto contrattuale con il consulente, prof. Onofrio Laricchiuta (cfr. i docc. 3 e 4, depositati il 15 giugno 2011).

Né può ritenersi, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, che l'offerta tecnica dovesse contenere l'analitica descrizione dei registri di carico e scarico e delle modalità di compilazione dei formulari.

Allo stesso modo, il bando di gara non prescriveva un numero preciso di operatori da impiegare nello svolgimento del servizio, né richiedeva di mettere a disposizione più di un automezzo per il trasporto delle carcasse di animali. Le indicazioni formulate dalla società aggiudicataria, nella relazione tecnica allegata all'offerta, appaiono pertanto sufficienti a giustificare il giudizio positivo espresso dalla commissione.

Alla luce di tutti gli aspetti fin qui esaminati, può trovare senz'altro applicazione il principio ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui il giudizio comparativo operato nelle gare d'appalto, caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di

riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfugge al sindacato intrinseco del giudice amministrativo, se non vengono in rilievo specifiche contestazioni circa la plausibilità dei criteri valutativi o circa la loro manifesta violazione (che nella specie, ad avviso del Collegio, non è ravvisabile), non essendo ammissibile che il ricorrente vi contrapponga le proprie valutazioni di parte sulla qualità dei rispettivi progetti tecnici (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011 n. 1464).

Anche per tale parte, dunque, il ricorso deve essere respinto.

3. L'infondatezza del ricorso principale consente di dichiarare improcedibile, per difetto d'interesse, il ricorso incidentale proposta da Panda s.a.s. di Mancaniello Luigia & C. e volto a contestare il punteggio assegnato alla Ecolsud s.r.l., in relazione alla voce "campionatura".

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, che tiene conto del valore dell'appalto e dell'attività difensiva svolta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la Ecolsud s.r.l. al pagamento delle spese processuali in favore dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e Basilicata e di Panda s.a.s. di Mancaniello Luigia & C., a ciascuno nella misura di euro 10.000 (diecimila) oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/09/2011

IL SEGRETARIO

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