

N. 00364/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00089/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 89 del 2012, proposto da:

Sales S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Srubek Tomassy,
Massimo Lascialfari, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Lascialfari
in Firenze, via Pico della Mirandola, 9;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Provveditorato Interregionale
Opere Pubbliche Toscane - Umbria, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
Distrettuale dello Stato, domiciliato presso i suoi uffici in Firenze, via degli
Arazzieri 4;

nei confronti di

S.R.L. C.G.F. in proprio e quale Capogruppo Ati costituita con S.r.l. Picardi
Tecnica, rappresentata e difesa dagli avv. Gennaro Marino, Alberto La
Gloria, con domicilio eletto presso l'avv. Iacopo Scaffai in Firenze, viale
F.Redi 41/C;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento in data 15.12.2011 prot. n. 4840, pervenuto alla
ricorrente in data 15.12.2011 a mezzo fax, con il quale è stata comunicata
l'aggiudicazione in favore dell'ATI C.G.F. s.r.l. – Picardi Tecnica s.r.l.
dell'appalto dei lavori di rifiorimento della mantellata esterna della diga
foranea del Porto di Marciana Marina nell'Isola d'Elba

del provvedimento in pari data prot. 4838, pervenuto unitamente a quello
precedente in data 15.12.2011 a mezzo fax, con il quale è stata disposta in
favore della predetta ATI l'aggiudicazione definitiva dei predetti lavori;

del provvedimento in data 30.12.2011 prot. n. 5068 con il quale è stato
negato alla Sales S.p.A. l'accesso alla documentazione relativa all'ATI
aggiudicataria riguardante i suoi partner commerciali

della graduatoria e per la dichiarazione del diritto della ricorrente, seconda
in graduatoria, a vedersi aggiudicare la gara ed affidare i relativi lavori, con
ogni conseguenza di legge;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e
dei Trasporti Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Toscane -
Umbria e di S.R.L. C.G.F. in proprio e quale Capogruppo A.T.I. Costituita
con S.r.l. Picardi Tecnica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2012 il dott. Ugo
De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugnava tutti gli atti della procedura relativa alla
gara per l'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori di rifiorimento della

mantellata esterna della diga foranea del porto di Marciana Marina nella quale si era classificata seconda alle spalle dell'A.T.I. controinteressata.

Faceva presente che dopo la comunicazione dell'atto di aggiudicazione aveva presentato un'istanza di accesso agli atti di gara che era stata accolta con molte omissioni in conseguenza dell'opposizione dell'A.T.I. vincitrice e per tale ragione formulava un'istanza istruttoria affinché il Tribunale ordinasse all'amministrazione il deposito agli atti del giudizio dei documenti relativi all'offerta dell'A.T.I. controinteressata.

Nell'unico motivo di ricorso lamenta la mancata esclusione dalla gara dell'A.T.I. poiché era emerso dalla documentazione acquisita che la società che aveva garantito la fornitura di 21.000 tonnellate di materiale lapideo di 3^a categoria non era autorizzata all'esercizio della cava come richiesto dal bando di gara.

Infatti dal certificato del Comune di Campo nell'Elba del 27.12.2011 risultava che il procedimento per l'autorizzazione alla coltivazione della cava non si era concluso per cui non era possibile estrarre il materiale lapideo.

Si censura inoltre il fatto che l'amministrazione non ha ritenuto di dover sottoporre a verifica di anomalia le prime due offerte nonostante avessero offerto un ribasso superiore al 40% della base d'asta.

La società da ultimo esprimeva anche dei dubbi sul possesso da parte dell'A.T.I. di un'area idonea per lo stoccaggio dei tetrapodi, del punto di carico degli stessi e di un idoneo mezzo marino per l'esecuzione dei lavori.

Si costituivano in giudizio il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Toscane – Umbria e la S.R.L. C.G.F. che chiedevano il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 7.2.2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione con avviso dell'intenzione del Collegio di decidere il ricorso con sentenza in forma semplificata.

DIRITTO

Prima di entrare nel merito delle censure formulate dalla società ricorrente, il Collegio ritiene di affrontare la questione posta relativamente alla incompleta consegna dei documenti per i quali era stata formulata domanda di accesso.

La società non ha presentato un vero e proprio ricorso come previsto dall'art. 116, comma 2, c.p.a. ma ha lamentato la mancata consegna dei documenti invitando il Collegio ad usare i propri poteri istruttori.

Il provvedimento del 30.12.2011 con cui è stata accolta solo parzialmente la richiesta di accesso, ha motivato l'esclusione solo con riferimento all'identità dei partner commerciali della controinteressata per i quali quest'ultima aveva presentato formale opposizione ai sensi dell'art. 13, comma 5, D.lgs. 163\2006.

Il diniego posto dall'A.T.I. controinteressata può essere superato laddove, come afferma il 6 ° comma dell'art. 13 citato, il concorrente *“lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso”*.

Si tratta in questo caso di contemperare, come accade nella disciplina generale dell'accesso relativamente alle opposte esigenze della tutela della trasparenza dell'attività amministrativa e la tutela della privacy dei terzi coinvolti, la necessità di poter far valere in giudizio le proprie ragioni avverso gli atti di gara con la tutela dei segreti tecnici e commerciali dei concorrenti.

Non può essere stabilita a priori la prevalenza di un interesse sull'altro, ma va valutato nel caso concreto verificando l'essenzialità dei dati richiesti e non forniti per la propria difesa in giudizio.

Per questo motivo è prevista dall'art. 116, comma 2, c.p.a. la notifica di una formale istanza di accesso all'amministrazione ed alla controparte così da garantire un contraddittorio processuale che consente al giudice di valutare

le opposte esigenze e di verificare l'indispensabilità dei dati non comunicati ai fini dell'esercizio del diritto di difesa in giudizio del ricorrente.

La società ricorrente si duole genericamente dell'incompleta messa a disposizione dei documenti di gara, ma non specifica sotto quale profilo la mancata comunicazione dei nomi dei partners commerciali della controinteressata impedisca una completa esplicazione del proprio diritto di difesa.

La richiesta sembra, pertanto, avere una mera funzione esplorativa e, laddove fosse accolta dal tribunale attraverso l'esercizio dei suoi poteri istruttori di natura officiosa, vanificherebbe la tutela della riservatezza commerciale dell'A.T.I. controinteressata senza aver consentito un utile contraddittorio sulla questione.

Il Collegio di conseguenza rigetta preliminarmente la richiesta istruttoria, ritenendo anzi che vi siano sufficienti elementi per giungere ad una decisione di merito.

Il ricorso è infondato.

La società ricorrente ritiene che la Stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'AT.I. controinteressata poiché la società che ha dichiarato di fornire il materiale lapideo non avrebbe in corso una valida autorizzazione all'estrazione.

Il motivo non merita accoglimento.

La Coop. Filippo Corridoni fornitrice dell'A.T.I. controinteressata ha dichiarato di avere a disposizione il materiale lapideo nella quantità prevista dal capitolato in quanto frutto di estrazione avvenuta nei decenni precedenti in esecuzioni delle concessioni allora vigenti.

Si tratta di scarti di lavorazione che sono stati accumulati nel ravaneto della cava Pozzondoli durante i sessantacinque anni di coltivazione della cava autorizzata. Dal 2002 è in corso l'attività di ripristino ambientale che prevede la rimozione dei blocchi presenti nel ravaneto e la messa a dimora

di essenze per rimodellare l'habitat naturale.

La richiesta, prevista nel punto 3/e del modello A allegato al disciplinare di gara, di una dichiarazione del titolare della cava accompagnata dalla copia delle autorizzazioni concessorie ha lo scopo di verificare la disponibilità del materiale necessario che provenga da chi aveva un titolo per procurarselo.

La circostanza che attualmente la coop. Filippo Corridoni non sia munita di una concessione per l'escavazione non significa che non possa commercializzare i detriti del materiale estratto negli anni in cui era dotata per la concessione.

Pertanto l'assenza di un attuale titolo di concessione di una cava non rileva ai fini del rispetto della clausola contrattuale.

Sebbene non abbiano costituito oggetto di specifico motivo di ricorso sono infondate le supposizioni circa la mancata disponibilità di un'area idonea allo stoccaggio dei tetrapodi e di un punto di carico oltre che del mezzo marittimo per eseguire i lavori.

Dagli atti risulta che l'A.T.I. aggiudicataria aveva la disponibilità di un moto pontone in regola con le certificazioni R.I.N.A. come da dichiarazione della società proprietaria del mezzo, che poteva disporre quale area di fabbricazione e stoccaggio di un'area di proprietà dell'ENEL in Piombino loc. Torre del Sale oltre all'area in uso all'ESAOM Cesa s.p.a. in Portoferraio per il carico del materiale.

L'ultimo aspetto delle censure mosse con l'unico motivo di ricorso riguarda la mancata verifica dell'anomalia dell'offerta.

Trattandosi di una gara in cui sono state presentate un numero di offerte inferiore a cinque non vi era obbligo di effettuare la verifica di anomalia ma solo una facoltà discrezionale che deve però essere fondata su elementi specifici.

La scelta della Commissione di gara di non effettuare tale verifica di per sé non può essere sindacata salvo che non si rappresentino circostanze

particolari che evidenzino l'anomalia dell'offerta e che quindi mostrino come affetta da illogicità manifesta la mancata verifica.

La società ricorrente non ha, però, offerto alcun elemento per suffragare tale ipotesi limitandosi a sostenere che la verifica andava fatta in considerazione dell'elevata percentuale di sconto delle prime due offerte: tale dato di fatto non è automaticamente sintomo di anomalia ed anzi la circostanza che due partecipanti su quattro abbiano presentato un ribasso analogo è elemento che tende ad escludere la presenza di un'anomalia.

Il ricorso pertanto deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese del presente giudizio alle sue controparti che liquida in € 1.500 per ciascuna di esse oltre C.P.A. ed I.V.A per quanto attiene alla controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angela Radesi, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Ugo De Carlo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2012

IL SEGRETARIO

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