



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 Lazio
(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale n. 11147 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Mengozzi Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Biagetti, Alberto Gamberini, Cristina Amadori, con domicilio eletto in Roma, via A. Bertoloni, 35, presso l'avv. Vittorio Biagetti;

contro

l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella e Egidio Mammone, con domicilio eletto in Roma, piazza Carlo Forlanini, 1, presso l'avv. Giuseppe Fratto;

nei confronti di

Ama Spa, rappresentata e difeso dagli avv.ti Damiano Lipani,

Francesca Sbrana e Luigi Mazzoncini, con domicilio eletto presso l'avv. Francesca Sbrana in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

Delta Petroli Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Chiomenti in Roma, via XXIV Maggio, 43;

per l'annullamento, previa sospensiva

atti del bando di gara per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto e smaltimento/recupero dei rifiuti prodotti dall'Azienda ospedaliera - lotti 1 e 2 - (23 bis)

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, della Soc Ama Spa e della Delta Petroli Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 il cons. Giulia Ferrari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Rilevato che nella camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare di sospensiva dell'atto impugnato, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito con sentenza resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e ne ha dato comunicazione ai difensori presenti delle parti in causa.

Visto l'atto introduttivo del giudizio, notificato il 15 dicembre 2009 e depositato il successivo 23 dicembre, con il quale la Mengozzi s.p.a. impugna il bando di gara per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto e smaltimento-recupero dei rifiuti prodotti dall'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini ed il relativo capitolato speciale;

Considerato che, ad avviso della ricorrente, l'art. 3, lett. h), del capitolato speciale di gara è illegittimo ove inteso nel senso di configurare un obbligo per l'aggiudicataria di smaltire i rifiuti "unicamente" nell'impianto AMA di Ponte Melnome;

Considerato infatti che tale prescrizione, ad avviso della ricorrente, sarebbe fortemente lesiva atteso che la società, ove si aggiudicasse la gara, avrebbe interesse ad utilizzare il proprio impianto di smaltimento rifiuti, situato in località Coriano, nel Comune di Forlì;

Considerato che, come chiarito anche dalla più recente giurisprudenza, le clausole del bando o della lettera di invito, che onerano l'interessato ad un'immediata impugnazione, sono soltanto quelle che prescrivono in modo inequivoco requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (Cons.St., sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5454 e 19 settembre 2011, n. 5323);

Considerato che l'impugnazione immediata della lex specialis di gara

è ammissibile solo ove siano censurate clausole escludenti che stabiliscano, con prescrizioni inequivoche, requisiti di partecipazione alla procedura selettiva non posseduti dalla concorrente (Cons. St., A.P., 29 gennaio 2003, n. 1; id. 4 dicembre 1998, n. 1; id., sez. V, 3 agosto 2011, n. 4625; id. 14 luglio 2011, n. 4274), ipotesi queste non verificatesi nel caso di specie in cui la ricorrente ha presentato un'offerta;

Considerato che tale profilo di inammissibilità – di cui è stato dato avviso alle parti (come risulta dal verbale di udienza) ex art. 73, comma 3, c.p.a. – consente al Collegio di non porsi d'ufficio la questione relativa all'ammissibilità della proposizione dell'atto introduttivo del giudizio da parte di un soggetto (Mengozi s.p.a.) diverso dai soggetti (Mengozi s.p.a. e Sameco s.r.l. riunite in ATI) che hanno proposto tutti gli atti di motivi aggiunti;

Considerato che l'inammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio non pregiudica l'interesse di parte ricorrente, che ha diligentemente reiterato le censure nell'atto di motivi aggiunti, notificato il 16 giugno 2011 e depositato il successivo 24 giugno, proposto, dopo un primo accesso agli atti, avverso la propria esclusione dalla gara, disposta per non aver ottenuto l'offerta tecnica il punteggio minimo di 36/60, fissato dal capitolato speciale di appalto per l'apertura della busta economica;

Visto il primo atto di motivi aggiunti, notificato il 7 giugno 2010 e depositato il successivo 14 giugno 2010, con il quale la Mengozi

s.p.a., questa volta unitamente alla Sameco s.r.l., ha impugnato al buio la propria esclusione dalla gara, alla quale ha partecipato come Associazione temporanea di imprese, resa nota durante la seduta di gara del 24 maggio 2010 e disposta per aver ottenuto, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, il punteggio di 11,70, inferiore al predetto punteggio minimo di 36/60;

Considerata la genericità delle censure, proposte nel primo atto di motivi aggiunti avverso la valutazione della propria offerta tecnica, in effetti senza aver conosciuto le ragioni dell'insufficiente valutazione, e la mancata dimostrazione che alla stessa concorrente sarebbe spettato un minimo di altri 24,30 punti che, sommati agli 11,70 attribuiti, avrebbe consentito di arrivare al minimo di 36/60 che consente la partecipare alla seconda fase di apertura dell'offerta economica;

Visto il secondo atto di motivi aggiunti, notificato il 16 giugno 2011 e depositato il successivo 24 giugno, nel quale sono ampiamente argomentate le ragioni di doglianza proposte avverso l'esclusione, dopo aver conosciuto i motivi dell'insufficiente valutazione dell'offerta tecnica;

Considerato infatti che dal verbale della Commissione giudicatrice n. 5 dell'11 maggio 2010, acquisito a seguito di accesso ai documenti effettuato il 23 maggio 2011, si evince che le valutazioni di insufficienza dell'offerta tecnica sono riconducibili a:

- 1) non conformità a quanto richiesto dal capitolato con riferimento

al lotto 1, punto H, che recita “i rifiuti devono essere di norma conferiti presso l’impianto AMA di Ponte Malnome...” mentre l’ATI presenta progetto di conferimento all’impianto di termovalorizzatore di Forlì;

2) non conformità a quanto richiesto dal capitolato con particolare riferimento al lotto 1, punto K/III;

3) non conformità a quanto richiesto nei chiarimenti pubblicati in data 13 gennaio 2010 sul sito aziendale che recitavano “i contenitori ... per rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo ... l’Azienda Ospedaliera richiede espressamente ed esclusivamente imballaggi monouso a perdere nuovi (non rigenerati o sanificati) mentre l’ATI offre contenitori multiuso con riciclo”;

Considerato che la previsione dello smaltimento dei rifiuti nell’impianto AMA di Ponte Melnome ha il duplice scopo di garantire la par condicio tra tutti i concorrenti - atteso che eventuali imprese che possedessero un proprio impianto (come la Mengozzi s.p.a.) affronterebbero costi inferiori e potrebbero presentare un’offerta economica di gran lunga più vantaggiosa – e di assicurare la rapida eliminazione di rifiuti pericolosi in un impianto vicino al luogo in cui tali rifiuti sono prodotti, anziché in siti che, come quello della ricorrente, potrebbero essere anche fuori Regione (il sito della ricorrente è situato infatti nel comune di Forlì);

Considerato altresì che nella scelta del sito dove stoccare i rifiuti ha inciso la garanzia che offre la gestione dello stesso da parte di

un'azienda municipalizzata;

Ritenuto – nei limiti del sindacato di questo giudice nelle valutazioni tecniche della stazione appaltante – legittima la richiesta di contenitori monouso che non necessitano di alcuna pulizia e sterilizzazione e danno quindi maggiore affidabilità dal punto di vista igienico-sanitario, in relazione a possibili rischi infettivi;

Ritenuto pertanto che con la scelta del contenitore monouso la stazione appaltante ha dato prevalenza, in sede di comparazione di interessi, a quello pubblico alla tutela della salute, evitando il rischio inutile di infezioni dovuto all'uso di contenitori di cui non sarebbe stato possibile controllare l'effettiva sterilizzazione dopo il precedente uso;

Considerato che la legittimità di entrambe le predette clausole della lex specialis (smaltimento dei rifiuti nell'impianto AMA di Ponte Melnome e utilizzo di contenitori monouso) legittima il punteggio assegnato all'offerta tecnica dell'ATI ricorrente e, di conseguenza, la sua esclusione dalla gara per essere lo stesso inferiore al punteggio minimo di 36/60 fissato dal capitolato speciale di appalto per l'apertura della busta economica;

Considerato che la ricorrente legittimamente esclusa dalla gara non ha interesse a censurare la posizione dell'aggiudicataria;

Considerato, infatti, che la mera partecipazione (di fatto) alla gara pubblica non è elemento sufficiente al riconoscimento della legittimazione al ricorso atteso che questa deriva da una

qualificazione di carattere normativo e postula un esito positivo del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; di conseguenza, la definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva, e tale esito rimane fermo in ogni caso in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è stata definitivamente accertata per inoppugnabilità dell'atto di esclusione ovvero per annullamento dell'atto di ammissione (Cons. Stato, AP., 7 aprile 2011 n. 4);

Considerato per quanto sopra chiarito che è inammissibile l'ultima censura dell'atto di motivi aggiunti notificato il 7 giugno 2010 e delle censure XVIII e ss. dell'atto di motivi aggiunti, notificato il 16 giugno 2011, con le quali l'ATI ricorrente deduce l'illegittima omessa esclusione dalla gara dell'aggiudicataria Delta Petroli s.p.a. (alla cui offerta tecnica sono stati attribuiti punti 54);

Considerato che l'omessa o tardiva comunicazione da parte della stazione appaltante all'impresa, partecipante a gara pubblica, dell'avvenuta definitiva aggiudicazione dell'appalto, anche se prevista dall'art. 79, comma 5, del codice dei contratti pubblici, non incide sulla legittimità dell'aggiudicazione, ma, al più, solo sulla decorrenza del termine per l'impugnazione (Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3823; Tar Napoli, sez. I, 11 marzo 2011, n. 1441; Tar Latina 19 aprile 2010, n. 539; Tar Reggio Calabria, sez. I, 20 ottobre 2010, n.

942);

Considerato che la legittimità dell'esclusione dalla gara della ricorrente comporta la reiezione della domanda risarcitoria dalla stessa proposta;

Vista l'istanza di accesso ai documenti presentata da parte della ricorrente Mengozzi s.p.a. e Sameco s.r.l. al Tribunale ex art. 116, comma 2, c.p.a. – notificata l'8 aprile 2011 e depositata il successivo 13 aprile - ed avente ad oggetto il diniego opposto in data 30 marzo 2011 alla domanda di accesso agli atti di gara inoltrata dalla stessa ricorrente all'Azienda Ospedaliera San Camillo – Forlanini il 27 maggio 2010 e reiterata il 24 gennaio 2011;

Considerato che con tali istanze parte ricorrente chiedeva di conoscere le concrete ragioni che avevano portato alla propria esclusione dalla gara e, quindi, tra gli altri, tutti i verbali di gara, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva nonché l'offerta dell'aggiudicataria;

Considerato che nell'impugnato diniego l'Amministrazione richiama il parere negativo dell'aggiudicataria provvisoria Delta Petroli s.p.a. a che fosse ostesa la propria offerta tecnica, parere successivamente ribadito il 30 maggio 2011;

Considerato che, successivamente all'adozione dell'impugnato diniego, la stazione appaltante, con nota del 17 maggio 2011 n. 4049, ha rilasciato tutta la documentazione di gara, con esclusione della sola offerta tecnica della Delta Petroli s.p.a.;

Vista l'istanza notificata l'1 giugno 2011 e depositata il successivo 3 giugno con la quale si deduce l'illegittimità del diniego di accesso all'offerta tecnica presentata dalla Delta Petroli s.p.a.;

Visto l'art. 13, comma 6, D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, che collega l'interesse all'accesso agli atti di gara alla posizione giuridica non di chiunque vi abbia interesse, ma del solo concorrente che abbia partecipato alla gara e che abbia intrapreso ovvero debba intraprendere un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara con riferimento alla quale l'istanza di accesso è formulata (Tar Lazio, sez. III ter, 10 maggio 2011 n. 4081);

Considerato che tale interesse deve essere riconosciuto anche al concorrente escluso che voglia difendersi in giudizio per l'annullamento della propria esclusione;

Considerato che con l'acquisizione dell'offerta tecnica presentata dalla Delta Petroli s.p.a. parte ricorrente afferma di voler dimostrare che la propria offerta tecnica è stata valutata utilizzando parametri di riferimento diversi da quelli utilizzati per valutare l'offerta della Delta Petroli e, quindi, con palese contraddittorietà e disparità di trattamento;

Considerato che la ricorrente ha offerto, nella memoria depositata l'10 ottobre 2011, la prova dell'interesse all'ostensione documentale dimostrando che una corretta valutazione della propria offerta tecnica avrebbe potuto farle conseguire altri 25,9 punti che, sommati agli 11,70 ottenuti, potrebbero farle ottenere 37,60 punti, punteggio

quindi superiore al minimo richiesto di 36/60 punti;

Considerato peraltro (come ha affermato la ricorrente con dichiarazione messa a verbale) che la ricorrente ha incluso, nei 25,9 punti – che potrebbe ottenere ove riuscisse a dimostrare, a seguito dell'accesso all'offerta tecnica della controinteressata, che la valutazione della propria offerta era illegittima – i 15 punti che potrebbe ottenere con la positiva valutazione del progetto di conferimento all'impianto di termovalorizzatore del Comune di Forlì e dei contenitori non monouso;

Considerato peraltro che il Collegio ha motivatamente ritenuto non illegittima l'assegnazione di punti zero per tali due voci;

Ritenuto pertanto che ai 25,9 punti – ai quali parte ricorrente fa riferimento nella prova di resistenza – devono essere sottratti 15 punti, con la conseguenza che aggiungendo agli 11,70 punti ottenuti i 10,9 punti ($25,9 - 15 = 10,9$) a cui potrebbe ancora aspirare la ricorrente otterrebbe 22,60 punti ($11,70 + 10,9 = 22,60$), che non le farebbero quindi superare il minimo richiesto di 36/60;

Ritenuto per quanto sopra esposto che parte ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla gara non ha interesse a prendere visione dell'offerta tecnica prodotta dall'aggiudicataria, non potendone contestare, per i principi elaborati dalla citata Adunanza plenaria n. 4 del 2011, la posizione di affidataria dell'appalto;

Considerato, per tutto quanto sopra, che l'atto introduttivo del giudizio è inammissibile, i motivi aggiunti in parte inammissibili ed in

parte infondati mentre le istanze di accesso ex art. 116, comma 2, c.p.a. sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse;

Ritenuto che la complessità delle questioni oggetto del gravame giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

Dichiara inammissibile l'atto introduttivo del giudizio; in parte respinge e in parte dichiara inammissibili i motivi aggiunti rivolti avverso l'esclusione dalla gara della ricorrente e l'aggiudicazione della stessa alla controinteressata; dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse le istanze ex art. 116, comma 2, c.p.a. proposte avverso i dinieghi di accesso.

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Compensa tra le parti in causa le spese della presente fase di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2011

IL SEGRETARIO

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