

N. 00441/2016 REG.PROV.CAU.

N. 00545/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 545 del 2016, proposto da:

Tomasoni Spurghi Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Balestrieri, Alessandro Sciolla, Sergio Viale, Chiara Forneris, con domicilio eletto presso Stefano Balestrieri in Brescia, Via Gramsci, 30 (Fax=030/3757935);

***contro***

Acque Ovest Bresciano Due Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Vicenzoni, Francesco Monici, con domicilio eletto presso Domenico Ferrara in Brescia, Via Paganora, 9;

***nei confronti di***

Zanetti Arturo & C. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Giavazzi, Daniela Carrara, con domicilio eletto presso T.A.R. Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- DEL VERBALE DI APERTURA DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE ALLA GARA D'APPALTO PER IL SERVIZIO DI PULIZIA DELLE CADITOIE STRADALI, BOCHE DI LUPO E GRIGLIE, NELLA PARTE IN CUI HA AMMESSO ZANETTI ARTURO & C. SRL. MALGRADO LA CARENZE DEI REQUISITI MINIMI DI CAPACITA' TECNICA;
- DEL VERBALE DI APERTURA DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE, NELLA PARTE IN CUI L'APERTURA DEI PLICHI E IL CONTROLLO DEI DOCUMENTI E' STATA EFFETTUATA IN SEDUTA RISERVATA;
- DELLE CLAUSOLE DEL DISCIPLINARE (ART. 8), OVE INTERPRETATE NEL SENSO DI PREVEDERE LE PREDETTE OPERAZIONI IN SEDUTA RISERVATA;
- DELLE NOTE RECANTI LA COMUNICAZIONE DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA.
- DELLA VALUTAZIONE POSITIVA DI CONGRUITA' DELL'OFFERTA VINCITRICE;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acque Ovest Bresciano Due Srl e di Zanetti Arturo & C. S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Zanetti Arturo & C. S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Giavazzi, Daniela Carrara, con domicilio eletto presso T.A.R. Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2016 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Evidenziato, ad un sommario esame:

- che il ricorso incidentale formulato dall'aggiudicataria non è accompagnato dall'istanza cautelare, per cui la trattazione dei profili ivi dedotti è rinviata alla fase di discussione del merito della controversia;
- che anche il processo amministrativo è connotato dal principio della domanda e della parità delle parti, per cui l'ordine dei motivi (graduati attraverso una puntuale ed esplicita esternazione) è vincolante per il giudice (cfr. Consiglio di Stato, adunanza plenaria – 27/4/2015 n. 5);
- che la difesa di parte ricorrente ha dichiarato in Camera di consiglio di modificare la graduazione delle censure esposta nel gravame introduttivo, antepoendo il motivo indicato al n. 3 al posto di quello illustrato al n. 2;

Considerato:

- che la prima doglianza appare assistita da profili di fondatezza, in quanto l'interpretazione più convincente dell'art. 3.3 del disciplinare è quella che esige per tutti i 7 mezzi (numero minimo) – contemplati nella descrizione delle attrezzature tecniche da adibire allo svolgimento del servizio – l'autorizzazione per i tre codici CER riportati in elenco;
- che, al contempo, il contratto di leasing avente per oggetto l'automezzo targato D6204ZH reca la scadenza del 20/11/2016, mentre la clausola riportata in neretto all'inizio di pagina 5 impone una durata *“sufficiente a coprire il periodo dello svolgimento dell'appalto oggetto di gara”*;

- che, in proposito, la consegna della copia dei rinnovi (per la quale è ammesso l'adempimento successivo) ha valore probatorio di un requisito che deve essere posseduto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte;
- che la collocazione delle suddette prescrizioni nell'alveo dei requisiti di capacità tecnica e professionale sembra escludere una loro rilevanza nella sola fase esecutiva del rapporto contrattuale;

Tenuto conto:

- che anche il procedimento di verifica di anomalia non appare condotto in modo sufficientemente esaustivo;
- che, a fronte di uno sconto consistente (pari al 57,50%), il quadro economico prodotto dalla Società vincitrice è esibito nella parte finale della nota di chiarimenti del 17/3/2016 (doc. 5 controinteressata);
- che, all'interno del sintetico prospetto, il costo del personale complessivo (pari a 246.719,87 €) non è accompagnato da alcuna specificazione sulla dotazione e inquadramento delle risorse umane e sulle ore di impiego;
- che anche l'incidenza degli oneri di trasporto non risulta verificabile, pur avendo la ricorrente dedotto che la sede operativa della Società Zanetti dista ben 57 Km. dal luogo di esecuzione del servizio;
- che, più in generale, l'elencazione di 6 tipologie di costi aggregati, senza alcuna aggiunta o specificazione, sembra precludere lo svolgimento di un'analisi seria e adeguata sulla sostenibilità e remuneratività dell'offerta, senza che possa rilevare in questa sede un possibile (contestuale) sospetto di anomalia dell'offerta economica di parte ricorrente;
- che, a fronte del quadro descritto, l'acritica adesione alla relazione dell'impresa aggiudicataria rende oscure le ragioni economiche e tecniche che hanno consentito alla medesima di operare il significativo ribasso, e preclude il successivo controllo giurisdizionale;

Rilevato:

- che, in ordine al terzo motivo, questo Tribunale (cfr. sez. II – 14/10/2015 n. 1325) ha richiamato ampia giurisprudenza ad avviso della quale i principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici si estendono anche alle procedure negoziate, con o senza previa predisposizione di bando di gara, e persino agli affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, in relazione sia ai settori ordinari che ai settori speciali di rilevanza comunitaria;
- che, sul punto, è fuorviante il richiamo al principio di segretezza delle riunioni del seggio di gara, posto che l'esigenza invocata dalla stazione appaltante afferisce al differente profilo del diritto di accesso alla documentazione di gara;
- che la fase di cui si discorre intende viceversa assicurare – in ossequio al canone comunitario di imparzialità – il controllo, aperto a chiunque vi abbia interesse, di quali e quante siano le offerte da esaminare, e la verifica dello “stato di consistenza” di esse (e, cioè, di quali e quanti siano i documenti prodotti e allegati da ciascun concorrente ammesso alla procedura);
- che è in proposito infondata l'eccezione di tardività della censura, alla luce del consolidato principio che impone l'impugnazione tempestiva delle sole clausole di gara immediatamente escludenti, mentre le rimanenti prescrizioni assumono rilevanza nel momento in cui assumono attitudine lesiva, ossia (ordinariamente) nel momento dell'aggiudicazione ad altro concorrente;

Atteso:

- che i riflessi della graduazione dei motivi saranno esaminati nell'appropriata sede di merito, dopo aver affrontato il ricorso incidentale ritualmente formulato;
- che la causa incardinata presso questo Tribunale rientra nel raggio di operatività dell'art. 40 comma 1 lett. a) del D.L. 24/6/2014 n. 90 conv. in L. 11/8/2014 n. 114 il quale – nel sostituire l'art. 120 comma 6 del D. Lgs. 104/2010 (Codice del processo

amministrativo) – statuisce che ciascun giudizio in materia di appalti pubblici “... ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente”;

- che, ai fini di cui sopra, può essere fissata l'udienza pubblica del 12 ottobre 2016, ore di rito;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) accoglie la domanda cautelare.

Fissa la data di discussione del merito della causa all'udienza pubblica del 12 ottobre 2016, ore di rito.

Compensa le spese della presente fase.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Ente aggiudicatore ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/06/2016

IL SEGRETARIO

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