



Incarto n.

Lugano

52.2006.403

16 febbraio 2007

In nome
della Repubblica e Cantone
Ticino

Il Tribunale cantonale amministrativo

composto dei giudici: Lorenzo Anastasi, presidente,
Stefano Bernasconi, Matteo Cassina

segretario: Leopoldo Crivelli

statuendo sul ricorso 5 dicembre 2006 di

RI 1, ,
patrocinata da: PA 1, ,

contro

la decisione 23 novembre 2006 dell'CO 1 che aggiudica all'CO 2 il
primo lotto degli impianti elettrici relativi all'impianto di
termovalorizzazione dei rifiuti solidi urbani;

viste le risposte:

- 21 dicembre 2006 dell'CO 1
- 22 dicembre 2006 dell'CO 2;

preso atto della replica 22 gennaio 2007 della RI 1 e delle dupliche:

- 1. febbraio 2007 dell'CO 1;
- 31 gennaio 2007 dell'CO 2;

viste le osservazioni 15 febbraio 2007 della ricorrente;
letti ed esaminati gli atti;

ritenuto,

in fatto

A. Il 7 luglio 2006 l'CO 1 ha indetto un pubblico concorso, retto dal concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP) ed impostato secondo la procedura libera, per aggiudicare il primo lotto degli impianti elettrici (opere in getto ed impianti provvisori) relativi all'impianto di termovalorizzazione dei rifiuti di Giubiasco (FU n. 54, pag. 4607).

Le ditte interessate a partecipare alla gara dovevano annunciarsi alla Comunità di lavoro _____ / _____, alla quale avrebbero dovuto essere rivolte anche eventuali richieste di informazioni. Le offerte dovevano essere inoltrate alla sede dell'CO 1 entro le 1100 di venerdì 25 agosto 2006.

La posizione 224.100 delle disposizioni particolari CPN 102 del capitolato d'appalto stabiliva che il prezzo sarebbe stato valutato con un fattore di ponderazione del 50% secondo la seguente formula:

- minor offerente nota 6
- altri offerenti nota = $6 - [0.045 \times (\Delta\% \cdot 1.5)]$
ove $\Delta\%$ = differenza di prezzo in %

La clausola precisava inoltre che non sarebbero state attribuite note negative e che le offerte, che per il prezzo avessero conseguito la nota 0, non sarebbero state prese in considerazione per la delibera.

B. Nel termine prestabilito sono pervenute alla committente le offerte di sette ditte del ramo. Fra queste, v'erano quella della ricorrente RI 1 di fr. 1'463'397.20 e quella dell'CO 2 di fr. 734'918.65.

Previa valutazione, esperita dalla _____, con decisione 23 novembre 2006 l'CO 1 ha aggiudicato la commessa all'CO 2, classificatasi al primo posto in graduatoria con 551.44 punti, davanti ad altre cinque ditte, tutte escluse dalla delibera, poiché per il prezzo avevano ottenuto la nota 0. Un'ulteriore offerta è stata invece scartata siccome formalmente irrita.

C. Contro la predetta decisione la RI 1 è insorta davanti al Tribunale cantonale amministrativo, chiedendone l'annullamento e postulando che sia fatto ordine all'CO 1 di indire una nuova gara.

Preliminarmente, l'insorgente eccepisce una violazione delle norme sulla ricusa in relazione:

- alla posizione dell'ing. _____, funzionario della Divisione delle costruzioni del Dipartimento del territorio, designato capoprogetto per l'opera in rassegna, passato alle dipendenze dell'CO 2 a partire dal 1. novembre 2006;
- alla posizione dell'CO 2, società membro del consorzio aggiudicatario della parte elettromeccanica dell'impianto di

termovalorizzazione.

Nel merito, l'insorgente sostiene invece che l'CO 2 avrebbe inoltrato un'offerta sottocosto, grazie alla sua posizione di membro del consorzio aggiudicatario della parte elettromeccanica dell'impianto di termovalorizzazione; posizione, che le avrebbe permesso di avvedersi che i quantitativi richiesti dal capitolato erano eccessivi. Censurabile sarebbe infine anche la clausola che esclude dall'aggiudicazione le offerte che ottengono la nota 0 nella valutazione del prezzo. A suo avviso, sarebbe inammissibile negare ai concorrenti la possibilità di recuperare lo svantaggio mediante i punteggi conseguiti in base agli altri criteri.

D. All'accoglimento del ricorso si sono opposte l'CO 1 e l'CO 2, contestando in dettaglio le tesi dell'insorgente con argomenti che per quanto necessario saranno discussi nei seguenti considerandi.

E. Con la replica, la RI 1 ha contestato la conformità dell'offerta inoltrata dall'CO 2 in punto al dimensionamento dei cavi previsti dalle posizioni 511.291.531 e 511.291.333 del capitolato per l'allacciamento del cantiere; dimensionamento, che in sede di discussione d'offerta è risultato insufficiente a sostenere il carico di 800 A fissato dal capitolato. Accettando di aumentare il calibro dei cavi, obietta, l'CO 2 avrebbe illecitamente modificato l'offerta. Con le rispettive dupliche, la committente e l'aggiudicataria hanno contestato anche questa censura.

Delle ulteriori osservazioni della ricorrente, si dirà semmai più avanti.

Considerato,

in diritto

1. 1.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dagli art. 15 cpv. 1 CIAP e 4 cpv. 1 DLACIAP. Avendo partecipato senza successo alla gara d'appalto indetta dall'CO 1, la RI 1 è per principio legittimata a contestare l'aggiudicazione.

1.2. Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 18 PAmm). La perizia chiesta dall'insorgente sull'attendibilità dei prezzi offerti dall'CO 2 non appare invero atta a procurare a questo tribunale la conoscenza di ulteriori fatti rilevanti per il giudizio. Tanto meno quando si consideri che l'offerta dell'CO 2 non si scosta in misura significativa dal preventivo di spesa allestito dall'CO 1 e depositato in busta chiusa a disposizione di questo tribunale, di cui si dirà ancora più avanti.

Parimenti, non appare necessario richiamare dal Dipartimento del territorio gli atti relativi alla disdetta del rapporto d'impiego dell'ing. _____ e dall'CO 2 quelli relativi all'assunzione del medesimo. Non sarebbero comunque idonei ad accreditare l'eccezione sollevata

dall'insorgente con riferimento all'operato di questo professionista.

2. 2.1. Secondo l'art. 35 RLCPubb/CIAP, entrato in vigore soltanto dopo l'apertura del concorso in oggetto, ma esprimente una regola di carattere generale comunque applicabile (cfr. art. 5 lett. e LCPubb), *le persone e le imprese che hanno partecipato alla preparazione della documentazione e della procedura di aggiudicazione in maniera tale da poter influenzare l'aggiudicazione a loro favore, non possono prendere parte alla procedura.*

La cosiddetta "incompatibilità da prevenzione" (*Vorbefassung*; cfr. per analogia: Codice di procedura civile italiano, a cura di Nicola Picardi, Milano 2004, ad art. 51, pag. 320) è data quando un concorrente ha partecipato alla preparazione del procedimento di concorso, sia elaborando le basi del progetto, sia allestendo la documentazione di gara, sia fornendo consulenza al committente sulle specifiche tecniche della fornitura (STF 2P.164/2004 del 25.1.2005 consid. 3.1. = ZBI 2005, 474; Res Nyffenegger/Hans Ulrich Kobel, *Vorbefassung im Submissionsverfahren* in BVR 2004, n. 2, pag. 49 seg. pag. 55). Una simile incompatibilità può disattendere il principio della parità di trattamento sancito dall'art. 1 cpv. 3 lett. c CIAP. Il concorrente che versa in tale situazione può essere tentato in effetti di indirizzare il committente a privilegiare la sua offerta o può sfruttare a suo vantaggio in sede di allestimento dell'offerta le conoscenze acquisite nell'ambito della preparazione del concorso (*Wissensvorsprung*; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht*, Zurigo 2003, n. 513 seg.). L'incompatibilità da prevenzione comporta in genere l'esclusione dell'offerta. Eccezioni sono ammesse quando il vantaggio di conoscenze è irrilevante o quando la collaborazione del concorrente prevenuto all'allestimento della documentazione di gara è soltanto marginale (STF 2P.164/2004 cit. consid. 3.3.).

2.2. Nel caso concreto, nella situazione dell'ing. _____, capoprogetto dell'impianto di termovalorizzazione sino al 31 ottobre 2006 ed in seguito collaboratore dell'aggiudicataria, non sono ravvisabili gli estremi di un'incompatibilità da prevenzione suscettibile di giustificare l'esclusione dell'offerta dell'CO 2.

Il capitolato d'appalto è infatti stato elaborato dalla _____, alla quale l'CO 1 ha affidato anche il mandato di esperire la valutazione delle offerte. L'ing. _____, che, peraltro, di formazione è ingegnere civile, non ha quindi partecipato alla pro-cedura di concorso in modo tale da poter influenzare l'aggiudicazione a favore dell'CO 2. Egli ha invero presenziato all'apertura delle offerte il 25 agosto 2006, ma quest'atto procedurale, di semplice trafila, è per sua natura del tutto inidoneo ad influenzare l'aggiudicazione. Il 29 di quello stesso mese l'ing.

_____ ha del resto dichiarato di astenersi da qualsiasi partecipazione alla fase di valutazione in quanto sarebbe diventato dipendente dell'CO 2 a partire dal 2 novembre 2006.

In assenza di qualsiasi elemento che permetta di accreditare una diversa conclusione, nulla potrebbe essere dedotto a favore dell'insorgente dal fatto che l'ing. _____ fosse già dimissionario al momento dell'apertura del concorso e che già a quel momento sapesse che sarebbe stato assunto dall'CO 2.

2.3. Nemmeno la partecipazione dell'CO 2 al consorzio aggiudicatario della parte elettromeccanica dell'impianto di termovalorizzazione è atta a sostanziare una situazione di incompatibilità per vantaggio concorrenziale derivante da conoscenze acquisite in precedenza. Il concorso concerne infatti l'impianto parafulmine, il getto nel calcestruzzo degli impianti a corrente forte e di quelli a corrente debole, nonché gli impianti provvisori dell'edificio nel quale verrà installato l'impianto di termovalorizzazione. Come indica la posizione 151.100 delle disposizioni particolari CPN 102, si tratta di opere in getto, chiaramente distinte dalla fornitura della parte elettromeccanica aggiudicata al consorzio, di cui l'CO 2 è membro.

Nel semplice fatto che l'esecuzione di parti di un determinato progetto possa aver procurato ad un imprenditore conoscenze, che possono essere utilizzate in seguito nel quadro dell'allestimento di offerte per le parti rimanenti, non sono necessariamente ravvisabili gli estremi di un vantaggio concorrenziale suscettibile di giustificare l'esclusione dai concorsi per le successive parti d'opera. L'art. 1 cpv. 3 CIAP non si ripropone soltanto di garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, nonché un'aggiudicazione imparziale (lett. b), ma anche di consentire un impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche (lett. d). Nel rispetto delle regole della procedura di aggiudicazione, lo sfruttamento di certi effetti sinergici può dunque apparire addirittura doveroso (STF 2P.164/2004 cit., consid. 5.5.). Contrariamente a quanto assume l'insorgente, la semplice possibilità di un vantaggio concorrenziale derivante alla resistente dalle conoscenze acquisite nell'ambito della partecipazione al consorzio aggiudicatario della parte elettromeccanica non basta a fondare l'eccezione di incompatibilità da prevenzione comportante l'esclusione. Il semplice sospetto non è sufficiente. Le regole sulla ricusa dei giudici, tenuti ad escludersi anche nel caso di semplice sospetto di parzialità, non sono senz'altro trasferibili alla procedura di aggiudicazione (Nyffenegger/Kobel, loc. cit., pag. 70). L'esistenza di un inammissibile vantaggio derivante dalla partecipazione di un concorrente a precedenti concorsi per altre parti della medesima opera deve essere concretamente dimostrata da colui che la eccepisce (STF 2P.164/2004 cit., consid. 5.7.3.). Evenienza, questa,

che in concreto non è data, non potendosi accreditare la pretesa della ricorrente di dimostrare il buon fondamento delle sue tesi semplicemente con il fatto che la parte edile dell'impianto di termovalorizzazione è stata progettata in funzione della parte elettromeccanica, alle cui esigenze è stata adattata e coordinata. L'CO 2 non ha in effetti alcun ruolo nella progettazione della parte edile dell'impianto.

3. 3.1. A norma del paragrafo 27 DirCIAP, se il committente riceve un'offerta insolitamente bassa rispetto alle altre, può richiedere informazioni al concorrente per accertarsi che la stessa rispetti le condizioni di partecipazione e possa adempiere alle condizioni inerenti la commessa. Di analogo tenore è l'art. 47 cpv. 2 RLCPubb/CIAP.

Nel caso in cui da un'attenta verifica dovesse risultare che il concorrente non risponde alle condizioni di partecipazione o che non è in grado di soddisfare le prescrizioni di gara, l'offerta va esclusa dall'aggiudicazione siccome inattendibile (STA 19.12. 2006 in re M.&M. n. 52.6.381 consid. 3.1; Zufferey/Maillard/ Michel, Droit des marchés publics, 2002, pag. 121 seg.).

3.2. in concreto, il prezzo dell'offerta dell'CO 2 (fr. 734'918.65) è invero di gran lunga più basso di quelli delle offerte delle altre ditte, che risultano compresi tra fr. 992'858.50 e fr. 1'582'786.00. La committente non aveva tuttavia particolari motivi per dubitare che l'CO 2 non rispettasse le condizioni di partecipazione e non fosse in grado di fornire le prestazioni richieste, poiché in base al suo preventivo di spesa massima, depositato in busta chiusa ed aperto davanti a questo tribunale (disposizioni particolari CPN 102 pos. 238.300), le opere messe a concorso non avrebbero dovuto costare più di fr. 784'221.85. Importo, al di là del quale, la committente si riservava di rinunciare ad un'aggiudicazione e di annullare la gara. Eventuali anomalie, dunque, erano semmai da ricercare nelle offerte inoltrate dalle altre concorrenti.

L'analisi dei prezzi di alcune posizioni, che l'CO 1 ha comunque richiesto, non ha sovvertito questa deduzione. I confronti fra singole posizioni delle offerte inoltrate sono del tutto inconcludenti.

4. 4.1. Secondo l'art. 40 cpv. 2 RLCPubb/CIAP, la partecipazione alla gara, con l'inoltro dell'offerta, implica l'accettazione di tutte le condizioni contenute nella documentazione del concorso. In ossequio al principio della buona fede, contro la decisione di aggiudicazione non sono dunque proponibili eccezioni che non sono state sollevate mediante impugnazione del bando. Eccezioni a questa regola sono ammissibili soltanto nel caso di contestazioni

chiedere ai concorrenti spiegazioni e delucidazioni. Anche in questo caso, vanno comunque salvaguardati il principio della parità di trattamento tra i concorrenti e quello della trasparenza.

Non ogni piccola difformità comporta l'esclusione dell'offerta difettosa. Il diritto del committente di estromettere offerte non conformi è limitato dal principio di proporzionalità e dal divieto di formalismo eccessivo. Il Tribunale federale ha avuto modo di precisare che soprattutto laddove è in gioco la realizzazione di importanti e complesse opere pubbliche, è pressoché inevitabile che si verifichino errori o imprecisioni nella compilazione delle offerte. Per tale ragione, in questi casi la conformità delle offerte per rapporto alle prescrizioni di gara deve essere esaminata secondo criteri non eccessivamente restrittivi (DTF 12 aprile 2002 in re consorzio C+B = RDAT II 2002 n. 47 e rimandi). L'estromissione dell'offerta non si giustifica se la difformità riguarda una condizione marginale o comunque irrilevante ai fini dell'aggiudicazione. È invece d'obbligo se il difetto concerne una condizione essenziale, posta dalla legge o contenuta nelle prescrizioni di gara, che è atta ad esplicare effetti sulla decisione di aggiudicazione (STA 08.09.06 in re consorzio M+H n. 52.6.219 consid. 2.1).

5.2. Nel caso concreto, la pos. R 511.291.531 del capitolato d'appalto, *Impianto di cantiere*, chiedeva ai concorrenti di installare un *quadro di cantiere per esterno, posato su un supporto appropriato con linea di alimentazione fino a 340 m idonea a sopportare un carico di 800 A, posata in tubi interrati (...)*.

Per i 3 pezzi richiesti, l'CO 2 ha esposto un prezzo complessivo di fr. 117'255.00 (fr. 39'085.00 l'uno). In sede di analisi dei prezzi, richiesta dalla committente l'11 settembre 2006, l'CO 2 ha specificato che la posizione comprendeva un:

*cavo tipo TT 1x95 mm² 5.75 fr./m
Lunghezza necessaria per 340 m:*

3 fasi x 4 conduttori + neutro a 1x95 mm²: 4760 m fr. 27'370.00

Interpellata in sede di discussione d'offerta (10 ottobre 2006), l'CO 2 ha riconosciuto che il dimensionamento del cavo non era *corretto* per rapporto al carico richiesto (800 A). Si è tuttavia dichiarata disposta ad adeguarsi alla richiesta della committente di allacciare il cantiere con un cavo di maggiori dimensioni (240 mm²) senza cambiamento di prezzo.

Contrariamente a quanto assume l'insorgente, l'offerta dell'CO 2 era di per sé conforme alle prescrizioni del capitolato. Non si può invero negare che, compilando il capitolato così come era formulato, l'CO 2 abbia formalmente offerto un allacciamento idoneo a sopportare un carico di 800 A. All'infuori di questa indicazione, il capitolato non forniva in effetti ulteriori precisazioni in merito alle condizioni di idoneità dell'allacciamento. La resistente, dal canto suo, non ha

specificato le caratteristiche del cavo offerto.

Dando seguito alla richiesta di analisi dei prezzi rivolta dalla committente, l'CO 2 ha reso noto che intendeva allacciare il cantiere con cavi da 95 mm². La lunghezza complessiva indicata (4'760 m), pari a 14 volte la lunghezza dell'allacciamento (340 m), e la relativa specifica (3 fasi x 4 conduttori + neutro) sembrano indicare che l'CO 2 avesse previsto di installare i cavi in parallelo in modo da raggiungere il limite di carico (800 A) fissato dal capitolato cumulando la portata dei singoli cavi (280 A in posa sotterranea per una temperatura di 90° senza considerare la caduta di tensione conseguente alla lunghezza dell'allacciamento;

[http://www.nexans.com/Switzerland/group/doc/de_CH/NX-BT\(D\).pdf](http://www.nexans.com/Switzerland/group/doc/de_CH/NX-BT(D).pdf), pag. 9 e 10).

In base ai propri calcoli, la committente ha ritenuto che l'allacciamento fosse sottodimensionato.

Invitata dall'CO 1, in sede di discussione d'offerta, a pronunciarsi sulla correttezza del dimensionamento dell'allacciamento che aveva proposto, l'CO 2 ha riconosciuto che non era corretto (cfr. verbale di discussione: *No, il dimensionamento non è corretto.*).

Dall'annotazione (*sezione 240 mm²*), figurante dopo questa risposta, e dalla successiva domanda (*è disposta a fornire un cavo dal dimensionamento adeguato al prezzo indicato nell'offerta?*) si desume che la committente ha proposto all'CO 2 di allacciare il cantiere con (due ?) cavi da 240 mm² (carico 470 A; cfr. <http://www.nexans/> cit.), ritenendo che le prescrizioni tecniche applicabili imponessero questa soluzione. Proposta, questa, che l'CO 2 ha accettato seduta stante.

Orbene, nell'accettazione da parte dell'CO 2 della richiesta dell'CO 1 di aumentare (da 95 a 240 mm²) il calibro dei cavi previsti per l'allacciamento del cantiere (riducendone il numero), senza cambiamenti di prezzo, non è ravvisabile alcuna inammissibile modificazione dell'offerta. Il capitolato non prescrive in dettaglio le modalità dell'allacciamento. Fissa soltanto un carico minimo (800 A) che l'allacciamento deve essere in grado di sopportare. Le prescrizioni tecniche non impongono d'altro canto un'unica soluzione. Le combinazioni tra i numerosi parametri da considerare rendono possibili diverse soluzioni. Lo si deduce chiaramente dalla comunicazione data dalla committente all'CO 1 in sede di discussione d'offerta (*qualora nell'ambito dell'esecuzione dei lavori dovessero essere definite soluzioni ottimizzate con cavi di dimensionamento più piccolo e da lunghezze inferiori*).

Le precisazioni fornite dall'CO 2 nel quadro dell'analisi dei prezzi e della successiva discussione d'offerta sono d'altro canto posteriori alla scadenza del termine per l'inoltro delle offerte. Non fanno pertanto parte degli atti dell'offerta gravati dal vincolo di immutabilità derivante da questa scadenza.

In tali circostanze, l'aumento del calibro dei cavi dell'allacciamento al

cantiere sollecitato dalla committente ed accettato dall'CO 2 va configurato come un semplice adeguamento tecnico che non modifica la sostanza dell'offerta. Una diversa conclusione, che portasse all'esclusione dell'offerta come auspicato dalla ricorrente, sarebbe del resto contraria al principio di proporzionalità. Le eccezioni sollevate in proposito dalla ricorrente con la replica vanno dunque respinte.

Analoghe considerazioni valgono per la pos. 511.291.333, nell'ambito della quale il calibro del cavo è stato aumentato da 95 a 185 mm², a parità di prezzo.

6. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va dunque respinto.

La tassa di giustizia e le ripetibili sono poste a carico della ricorrente secondo soccombenza.

Per questi motivi,

visti gli art. 15 CIAP; 27 DirCIAP; 35, 40 RLCPubb/CIAP; 3, 18, 28, 31, 60, 61 PAmm;

dichiara e pronuncia:

1. Il ricorso è respinto.

2. La tassa di giustizia di fr. 3'000.- è posta a carico della ricorrente, che rifonderà fr. 3'000.- alla resistente CO 2 a titolo di ripetibili.

3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82. ss LTF). Qualora non sia proponibile il ricorso in materia di diritto pubblico, entro il medesimo termine è ammesso il ricorso sussidiario in materia costituzionale al Tribunale federale (art. 113 ss LTF).

4. Intimazione a:

terzi implicati

1. **Azienda cantonale dei rifiuti**, 6934 Bioggio,
2. **ATEL Ticino SA**, 6900 Lugano,
patrocinata da: avv. Mario Molo, 6501 Bellinzona,

Per il Tribunale cantonale amministrativo

Il presidente

Il segretario

<< Documento stampato da www.sentenze.ti.ch >>

