

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima
Sezione, con l'intervento dei signori magistrati:

Stefano Baccarini	Presidente
Elvio Antonelli	Consigliere, relatore
Angelo Gabbricci	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 162/2003: proposto dall'AZIENDA PADOVA SERVIZI
S.p.A., con sede in Padova, in persona del Direttore e legale
rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria del
costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con DE VIZIA
TRANSFER S.p.A. e CO.RSEA CONSORZIO RIFIUTI SPECIALI e
ASSIMILABILI, rappresentata e difesa dall'avvocato Fulvio
Lorigiola, con elezione di domicilio presso lo studio dell'avvocato
Francesco Curato in Venezia Piazzale Roma, 468/B;
e sul ricorso n. 572/2003: proposto dall'ASM BRESCIA S.p.A., con
sede in Brescia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Vito Salvatori ed Alfredo Bianchini, con
elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Venezia
Piazzale Roma, 464;
contro

il COMUNE di SOMMACAMPAGNA, rappresentato e difeso dagli
avvocati Giovanni Sala e Franco Zambelli, con elezione di domicilio

presso lo studio di quest'ultimo in Venezia Mestre via Cavallotti, 22;
e nei confronti.

della GEO NOVA, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Anna Maria Tassetto e Franco
Zambelli, con elezione di domicilio presso lo studio dei medesimi in
Venezia Mestre via Cavallotti, 22;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta Municipale n. 263 del 26/9/2002
2002, con la quale e' stata approvata la valutazione effettuata dalla
Commissione che ha individuato l'offerta migliore in quella formulata
dalla ditta Geo Nova di Treviso; per l'annullamento, altresì, del
procedimento di valutazione delle offerte così come svolto dalla
medesima Commissione;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di
Sommacampagna e della controinteressata;

viste le memorie prodotte dalle parti;

visti gli atti tutti di causa;

uditi nella pubblica udienza del 29 maggio 2003 (relatore il
consigliere Elvio Antonelli) gli avvocati: Sartorato, in sostituzione di
Lorigiola, per l'Azienda Padova Servizi, Gullo, in sostituzione di
Bianchini, per l'A.S.M. Brescia S.p.a., Zambelli per il Comune e per
la controinteressata;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La società ricorrente premette in fatto che con avviso in data 11 luglio 2001 il Comune di Sommacampagna ha pubblicizzato la propria decisione di dar corso, con il sistema del *project financing* ai sensi degli artt. 37 bis e seguenti della legge n. 109/1994, al recupero ambientale dell'area di proprietà comunale in cui si trova l'ex cava di ghiaia denominata "Siberie" mediante l'attivazione di un impianto di smaltimento di rifiuti speciali, invitando i soggetti interessati a presentare, entro il termine dell'1 ottobre 2001, una proposta progettuale.

Il suddetto avviso comunale, dopo aver definito l'intervento programmato (consistente nel riempimento della cava mediante stoccaggio di rifiuti speciali non pericolosi, previa realizzazione delle opere necessarie di allestimento e impermeabilizzazione, al fine di riportare la superficie della cava al piano di campagna per un possibile riutilizzo a fini agronomici) e indicato quali soggetti potevano presentare il progetto, individuando altresì i requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi del promotore (il cui possesso doveva risultare in apposita dichiarazione), definiva infine l'esatto contenuto della proposta, articolata in nove distinti elaborati.

Il Comune di Sommacampagna ha demandato la valutazione delle proposte ad una Commissione tecnica all'uopo nominata, la quale, dopo aver fissato gli elementi e i relativi fattori ponderali di valutazione, ha effettuato in seduta pubblica il controllo formale sulla regolarità dei nove plichi pervenuti e ha quindi attribuito alle proposte ammesse i relativi punteggi, stendendo la graduatoria finale e

individuando la proposta presentata dalla GEO NOVA S.r.l. come quella maggiormente rispondente all'interesse dell'Amministrazione.

Con deliberazione della Giunta Comunale 26 settembre 2002, n. 263 l'Amministrazione, recependo puntualmente le risultanze delle operazioni svolte dalla Commissione tecnica e riportando le valutazioni comparative delle singole proposte, ha confermato la scelta del promotore nella società GEO NOVA S.r.l., dando atto che, sulla base del progetto da questa presentato, sarebbe stata indetta la gara per l'individuazione dei due soggetti che, unitamente alla prima, parteciperanno alla procedura negoziata a sensi dell'art. 37 quater della legge n. 109/1994, come da ultimo modificato con la legge n. 166/2002.

Avverso tale provvedimento vengono dedotti i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter della legge n. 109/1994. Violazione e falsa applicazione degli articoli 4, comma 1, lett. f), 6, comma 1, lett. c), 24, 26 e 33 della legge regionale 21 gennaio 2000, n. 3. Eccesso di potere per carenza dei presupposti. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta. Violazione del principio della par condicio concorsuale.

Nella specie, la realizzazione e gestione dell'impianto è subordinata al rilascio di tutti i provvedimenti amministrativi previsti dalla normativa di settore, tra cui, l'approvazione regionale del progetto dell'impianto per lo smaltimento di rifiuti speciali, prescritta dall'art. 4, comma 1, lett. f/1, della legge regionale 21 gennaio 2000,

n. 3, e l'autorizzazione provinciale all'esercizio dell'impianto di smaltimento prevista dal successivo art. 6, comma 1, lett. c) della medesima legge regionale.

Il rilascio di tali provvedimenti, il cui procedimento e' disciplinato, rispettivamente, dai successivi articoli 24 e 26 della legge regionale, era ed e' a sua volta condizionata, per le discariche di rifiuti speciali al rispetto delle prescrizioni dettate dall'art. 33 della legge regionale n. 3/2000.

In sostanza, dal quadro normativo delineato solo un soggetto che svolge attivita' di produzione di beni da cui derivino rifiuti, ovvero attivita' di trattamento o recupero di rifiuti ubicate nel territorio della Regione Veneto puo' realizzare un progetto di un nuovo impianto di smaltimento di rifiuti speciali nel medesimo territorio regionale; dall'altro, la sussistenza di tale requisito soggettivo, che rappresenta una condizione di procedibilita' delle domande dirette al rilascio dei provvedimenti autorizzatori sopra ricordati, doveva essere accertata dall'Amministrazione comunale in questa prima fase, in cui la stessa e' chiamata a valutare la fattibilita' dell'intervento, a verificare l'assenza di cause ostative alla sua realizzazione e a individuare il promotore.

Illegittimo e' pertanto l'operato del Comune di Sommacampagna che, nell'individuare tramite una valutazione comparativa, la proposta meglio rispondente all'interesse pubblico, ha ommesso di effettuare questa preliminare e doverosa verifica in ordine alla qualita' dei soggetti proponenti, inscindibilmente collegata alla realizzabilita'

stessa dell'impianto, verifica di cui non vi e' traccia nei verbali della Commissione, ne' nel provvedimento impugnato.

Di fatto, mentre il raggruppamento ricorrente e' in possesso del requisito imposto dall'art. 33 della legge regionale n. 3/2000, e' stata preferita la proposta progettuale presentata dal una societa', GEO NOVA S.r.l., che ne e' priva.

Deve escludersi che il promotore prescelto dall'Amministrazione possa acquisire il suddetto requisito nella successiva fase negoziale diretta all'aggiudicazione della concessione, mediante associazione con altre imprese che producono ovvero smaltiscono rifiuti in territorio regionale.

La presentazione della proposta progettuale da parte di GEO NOVA S.r.l. come soggetto singolo, senza assunzione dell'obbligo di associarsi coi partners necessari, impedisce, infatti, al promotore di modificare la propria compagine sociale nella successiva fase del procedimento.

Sotto altro profilo viene evidenziato come il requisito soggettivo imposto dall'art. 33 della legge regionale n. 3/2000 ha condizionato e condiziona la formulazione stessa della proposta progettuale, incidendo sull'equilibrio economico del piano finanziario su cui la medesima si fonda e cio' perche' il piano economico alla base della proposta e' necessariamente collegato alla tariffa per il conferimento dei rifiuti ipotizzata (piu' alta e' la tariffa, piu' alti sono i ricavi e piu' possibilita' vi sono di elaborare un progetto competitivo).

Il proponente produttore di rifiuti mirera' necessariamente a

risparmiare sui costi di conferimento e ipotizzera' quindi una tariffa necessariamente piu' contenuta rispetto a quella che sarebbe costretto a corrispondere per il conferimento in discariche altrui. Per converso, se il proponente non produce rifiuti da conferire nella nuova discarica, che proverranno quindi esclusivamente da terzi, potra' ipotizzare una tariffa di conferimento piu' elevata, corrispondente a quella di mercato, con conseguente possibilita' di maggior ricavi, maggiori possibilita' di formulare una proposta progettuale competitiva e maggior incremento offerto dal comune.

Questo e' quanto e' avvenuto nella specie.

In sostanza, quindi, l'illegittima ammissione in questa prima fase, della proposta progettuale di GEO NOVA S.r.l. condizionata dall'assenza in capo a quest'ultima del requisito soggettivo in esame, ha necessariamente alterato, in violazione del principio di par condicio, la valutazione comparativa effettuata dall'Amministrazione comunale con le altre proposte presentate da soggetti che, come l'odierna ricorrente, ne sono invece in possesso.

2) Eccesso di potere per violazione del principio secondo cui gli elementi e i criteri di valutazione, nonche' i parametri di ponderazione devono essere prefissati nella normativa di gara.

Eccesso di potere per violazione del principio di buona amministrazione e trasparenza dell'azione amministrativa.

Gli elementi di valutazione e i rispettivi parametri di ponderazione non sono stati individuati dal Comune e pubblicati nel bando di ordine decrescente d'importanza, ma sono stati fissati direttamente

dall'organo tecnico successivamente nominato, allorché le offerte erano già state presentate.

La Commissione può solo introdurre elementi di specificazione nell'ambito dei criteri prefissati nella normativa di gara, ove questi non risultino adeguati a rappresentare le peculiarità delle singole offerte.

E' illegittimo pertanto l'operato del Comune di Sommacampagna che ha recepito le valutazioni delle proposte operate dalla Commissione tecnica sulla base dei parametri di ponderazione e dei criteri di valutazione da quest'ultima direttamente fissati.

3) Violazione e falsa applicazione degli articoli 42, 48 e 107 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Incompetenza.

Il provvedimento impugnato risulta illegittimo per incompetenza, essendo stato adottato dalla Giunta, anziché dal Dirigente, sull'errato presupposto che non avesse ad oggetto competenze gestionali, ma valutazioni di tipo programmatico e scelte di alta amministrazione e discrezionalità, di fatto già precedentemente deliberate dagli organi di governo dell'ente.

Con il ricorso n. 572/03 la società ASM Brescia S.p.a. impugna gli stessi provvedimenti oggetto del precedente ricorso n. 162/03.

Avverso gli stessi con il motivo n. 1 deduce le censure già dedotte nel motivo n. 2 del ricorso n. 162/03 deduce poi i seguenti motivi autonomi:

2) violazione dell'art. 37 TER L. n. 109/1994 nonché la violazione del principio di unitarietà del procedimento in quanto il citato art. 37

TER, introdotto dalla L. n. 166/02 che prevede la facoltà del promotore di adeguare l'offerta incidendo su posizioni già acquisite dalla società ricorrente non poteva essere applicato nella specie a beneficio della società aggiudicataria;

3) eccesso di potere per contraddittorietà e disparità di trattamento e illogicità. Violazione della Direttiva n. 1999/31 CE.

Violazione art. 3 L. n. 241/1990. Difetto di istruttoria.

L'Amministrazione avrebbe ritenuto veri fatti non veri e viceversa, avrebbe mal valutato e travisato la proposta della soc. ASM con conseguente disparità di trattamento rispetto alla controinteressata.

4) Eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità e difetto di istruttoria.

La ditta GEO NOVA non avrebbe indicato i rifiuti che intendeva smaltire nell'impianto e non avrebbe previsto lo spostamento dell'elettrodotto in ossequio alle distanze previste per le linee elettriche.

In entrambi i ricorsi si è costituito il Comune intimato e la società controinteressata GEO NOVA S.p.a. eccependo la tardività dei ricorsi stessi e contestandone nel merito la fondatezza.

All'udienza del 29 maggio 2003 le cause sono state ritenute per la decisione.

DIRITTO

Va disposta preliminarmente la riunione dei due ricorsi attesa la evidente connessione oggettiva e soggettiva.

Il ricorso numero 572 /03 e' irricevibile per tardivita'.

In punto di fatto va rilevato che la comunicazione alla societa' ricorrente circa il fatto che era stato prescelto il progetto della societa' Geo Nova e' stata effettuata con nota 30 settembre 2002 ed e' stata ricevuta dalla societa' interessata il 3 ottobre 2002. Il ricorso e' stato invece notificato il 7 marzo 2003.

Ora se puo' anche convenirsi sul fatto che non tutti gli elementi essenziali della determinazione impugnata emergevano dalla suddetta comunicazione e' sicuramente vero pero' che la delibera impugnata (delibera giunta comunale n.263 del 26 settembre 2002) e' stata affissa all'albo pretorio dal 7 novembre 2002 al 21 novembre 2002 ed e' divenuta esecutiva del 17 novembre 2002 (decimo giorno dalla sua pubblicazione ex articolo 134 comma terzo del Testo Unico sugli Enti Locali).

Ne discende che il termine per impugnare certamente non puo' farsi decorrere da data successiva a quella in cui la delibera e' divenuta esecutiva e cioe' dal 17 novembre 2002.

Cio' stante il ricorso deve ritenersi tardivo essendo stato notificato alla societa' controinteressata in data 7 marzo 2003.

Il ricorso numero 162/03 e' invece ricevibile posto che, e' stato notificato il 14 gennaio 2003 e quindi entro il termine di decadenza di 60 giorni dalla suddetta data del 17 novembre 2002.

Ne' puo' sostenersi che la societa' ricorrente non abbia interesse all'impugnazione in quanto essa si sarebbe classificata solo quarta. E cio' perche' la ricorrente, avendo dedotto censure concernenti il

procedimento deve comunque ritenersi titolare dell'interesse alla ripetizione delle operazioni di gara e cioè' quell' interesse strumentale che la giurisprudenza ritiene sufficiente a radicare il requisito dell'interesse a ricorrere.

Nel merito il ricorso e' pero' infondato.

Ed invero con riferimento al primo motivo il Collegio osserva in primis che l'avviso di gara nell'indicare i requisiti che avrebbero dovuto possedere i ricorrenti non prevede il fatto di essere titolare di autorizzazione all'esercizio di un'impianto di smaltimento di rifiuti ; ne discende che l'Amministrazione non poteva pretendere tale requisito non essendo esso espressamente previsto dal bando.

In secondo luogo va rilevato che il decreto presidenziale 21 dicembre 1999 n.554 (regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici) prevede in due distinti articoli i requisiti del promotore (articolo 99) e quelli del concessionario (articolo 98) con cio' lasciando chiaramente intendere che il promotore dovra' possedere i requisiti previsti per il concessionario solo al momento di indizione della gara negoziata.

D'altra parte lo stesso terzo comma dell'articolo 99 ha avuto cura di precisare che "Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98".

La distinzione nel possesso dei requisiti trova verosimilmente la sua ragione nella finalita' del legislatore di allargare il piu' possibile la sfera dei soggetti che possono partecipare alla realizzazione di lavori

pubblici con il sistema del project financing. Tanto e' vero che il citato articolo 99 dispone che "possono essere promotori i soggetti che svolgono in via professionale attivita' finanziaria assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilita'".

E' evidente quindi che il legislatore nell'individuare il possibile promotore si sia preoccupato (almeno in questa fase) piu' delle garanzie economiche e della serietà della proposta che della capacita' professionali e tecniche dell'impresa; capacita' che dovra' pero' ovviamente essere presente nel momento in cui il promotore dovesse divenire concessionario e cio' ovviamente potra' avvenire anche attraverso l'associazione con imprese in possesso di quei necessari requisiti tecnici (richiesti in capo all'aggiudicatario).

Alla luce di quanto osservato si spiega l'indicazione contenuta nell'avviso secondo la quale il soggetto aggiudicatario si sarebbe dovuto dotare, entro sei mesi dalla sottoscrizione del contratto e della relativa convenzione, dell'approvazione regionale prescritta dall'art. 4, comma I, lettera f), della legge regionale n. 3 del 2000".

Conclusivamente l'elemento in parola deve ritenersi prescritto solo nel momento in cui si perfeziona la seconda fase procedurale e cioe' quando viene individuato il concessionario. In tal senso si e' espressa anche l'Autorita' di vigilanza dei Lavori Pubblici nella determinazione n. 20 del 4 ottobre 2001 ove ha avuto cura di precisare che "a garanzia dell'Amministrazione, e' necessario che il promotore stesso sia in possesso dei requisiti propri del concessionario al momento della

indizione della gara, mentre al momento della presentazione della proposta appare sufficiente il possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del D.P.R. n. 554/99"; nonche' dalla giurisprudenza (cfr. Tar Lazio, sezione latina 14 gennaio 2003 n. 1).

Ne' si puo' sostenere che il difetto del suddetto requisito condizionerebbe la stessa proposta contrattuale e quindi l'equilibrio economico del piano finanziario. L'impresa Geo Nova a detta della societa' ricorrente avrebbe potuto ipotizzare una tariffa piu' elevata di quella vigente sul mercato e quindi presentare un'offerta economica piu' vantaggiosa.

Sul punto va rilevato che la censura si appalesa come ipotetica non essendo la stessa fondata sul concreto contenuto economico dell'offerta della ditta Geo Nova, e comunque, dal momento che quale requisito di ammissione non era richiesta la qualita' di soggetto autorizzato ex articolo 33 legge regionale n. 3 del 2000, e' ovvio che il riferimento ai relativi costi e ricavi non doveva essere necessariamente effettuato con riguardo ad una concreta gestione di un impianto di smaltimento dei rifiuti.

Cio' senza considerare che l'Amministrazione in sede di esame dell'offerta della Geo Nova ha rilevato che il piano economico finanziario si presenta "completo in tutte le voci piu' rilevanti, avendo previsto tra l'altro la ripartizione omogenea e quantitativa della spesa, a cui vengono associati i relativi oneri finanziari; ottimo anche sotto il profilo del corrispettivo previsto in favore del Comune in relazione al prezzo preventivato per il conferimento dei rifiuti".

In ordine al secondo motivo il collegio rileva che la Commissione nella specie non ha individuato ulteriori elementi di giudizio rispetto a quelli previsti dall'avviso ma si e' limitata a fissare il punteggio di ciascun elemento di giudizio contenuto dell'avviso stesso

(verosimilmente al fine di rendere confrontabili i giudizi) e tutto cio' ha fatto prima dall'apertura delle buste contenenti le offerte.

Sul punto occorre far presente che la procedura in esame e' caratterizzata dal suo carattere propositivo, e' cioe' una procedura preliminare alla gara vera e propria, per cui il punteggio che fissa la commissione in questa fase ha lo scopo prevalente di rendere intelligibile e controllabile la scelta; scelta che pero' rimane di competenza degli organi comunali e che si caratterizza per un'amplissima discrezionalita'.

Ed infatti le valutazioni della Commissione che hanno condotto alla scelta della societa' controinteressata sono state fatte proprie dalla Giunta Comunale, la quale pero' per pervenire alla sua decisione definitiva ha proceduto con autonoma valutazione e cioe' senza ritenersi vincolata dai ponteggi numerici attribuiti dalla Commissione.

Proprio l'amplissimo potere discrezionale che caratterizza la scelta nella fattispecie in esame consente di ritenere infondato anche il terzo motivo. Ed invero la delicata e altamente discrezionale scelta in ordine alla conformita' al pubblico interesse delle proposte presentate rende evidente che la relativa competenza non poteva essere che della Giunta Comunale e non del dirigente. Non si trattava infatti di mere competenze gestionali ma, come esattamente rilevato dalla Giunta

Comunale, di una valutazione di carattere programmatico implicante una scelta di alta discrezionalità'.

In forza delle svolte considerazioni il ricorso va pertanto rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come il dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione prima, previa riunione dei ricorsi e definitivamente pronunciando:

Rigetta il ricorso n. 162/2003 e dichiara irricevibile il ricorso n. 572/2003.

Condanna l'Azienda Padova Servizi S.p.A. al pagamento delle spese e degli onorari di giudizio per l'importo complessivo di € 5.000,00 (euro cinquemila) oltre I.V.A. e C.P.A., di cui €2.500,00 a favore del Comune di Sommacampagna ed €2.500,00 a favore della controinteressata Geo Nova S.p.A.

Condanna l'ASM Brescia S.p.A. al pagamento delle spese ed onorari di giudizio per l'importo complessivo di €5.000,00 (euro cinquemila) oltre I.V.A. e C.P.A., di cui €2.500,00 a favore del Comune di Sommacampagna ed €2.500,00 a favore della controinteressata Geo Nova S.p.A.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del 29 maggio 2003.

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione