



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 50 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Guerrato S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con Tea Sei S.r.l. Servizi Energetici Integrati, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli avv.ti Mauro Ciani, Ermes Coffrini e Laura Tardivo con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Trento, Via Grazioli, n. 27

contro

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Pellizzer e Marco Pisoni con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale in Trento, Via Calepina, n. 50

nei confronti di

Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con le imprese Energy Service S.p.A. e Cristoforetti Servizi Energia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Daria e Roberta de Pretis con domicilio eletto presso il loro studio in Trento, Via SS. Trinità, n. 14

per l'annullamento

- del bando di gara e del suo estratto in data 23 maggio 2007, del connesso disciplinare e del capitolato speciale d'appalto relativi alla gara per l'affidamento della gestione multiservice degli immobili di pertinenza dell'A.P.S.S. di Trento;
- della deliberazione n. 1506 in data 19 dicembre 2007 del Direttore generale dell'A.P.S.S. di Trento, concernente la nomina della commissione tecnica per la valutazione delle offerte relative alla gara in oggetto;
- della deliberazione n. 479 in data 2 aprile 2008 del Direttore generale facente funzioni, avente ad oggetto la nomina di due componenti esterni della commissione tecnica incaricata della valutazione delle offerte pervenute;
- dei verbali delle sedute pubbliche e fra questi di quelli in data 13 novembre 2007, 4 dicembre 2007, 10 settembre 2008, 1 dicembre 2008, nonché di tutti i verbali della commissione tecnica relativi alla valutazione delle offerte tecniche pervenute e fra essi quelli di cui alle

sedute in data 14 gennaio 2008, 7 febbraio 2008, 5 marzo 2008, 19 marzo 2008, 2 aprile 2008, 9 aprile 2008, 13 maggio 2008, 14 maggio 2008, 22 maggio 2008 e 20 agosto 2008;

- dell'aggiudicazione provvisoria della gara in favore dell'ATI Siram S.p.A., dell'aggiudicazione definitiva disposta con deliberazione n. 296 del 4 marzo 2009;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale a quelli impugnati.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale proposto da Siram S.p.A.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari e della Società controinteressata intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9.7.2009 il cons. Fiorenzo Tomaselli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato a partire dal 18.3.2009 e depositato il successivo 25.3 le soc. Guerrato S.p.A. e Tea Sei S.r.l., la prima quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con la seconda, hanno impugnato il provvedimento d'aggiudicazione dell'appalto pertinente l'affidamento della gestione multiservice degli immobili

dell'A.P.S.S. di Trento congiuntamente a tutti gli atti indicati in epigrafe.

All'esito dell'esperimento di gara, la soc. Siram S.p.A., quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Energy Service S.p.A. e Cristoforetti Servizi Energia S.r.l., è stata graduata al primo posto, la soc. Manutencoop al secondo e la Guerrato con Tea Sei S.r.l. al terzo, ma ad avviso di queste ultime la disposta aggiudicazione sarebbe stata pronunciata in esito ad una procedura totalmente illegittima, dei cui atti è stato richiesto il conseguente annullamento per i seguenti motivi:

- 1) Violazione dell'art. 84 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, del principio della natura di collegio perfetto della commissione giudicatrice, di quelli di buon andamento ed imparzialità - violazione del punto 6 del disciplinare di gara;
- 2) Violazione sotto altro profilo dell'art. 84 del D.lgs. n. 163/2006, del principio della natura di collegio perfetto della commissione giudicatrice, di quelli di buon andamento ed imparzialità e del rispetto della par condicio - incompetenza assoluta, difetto di motivazione e falso presupposto in fatto ed in diritto;
- 3) Violazione sotto ulteriore profilo dell'art. 84 del D.lgs. n. 163/2006. del principio della natura di collegio perfetto della commissione giudicatrice, di quelli di buon andamento ed imparzialità e del rispetto della par condicio - difetto di motivazione e falso presupposto in fatto ed in diritto;

4) Violazione del disciplinare di gara (punto 6), dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, dei principi di trasparenza, buon andamento ed imparzialità e del rispetto della par condicio - difetto assoluto di motivazione;

5) Violazione sotto diverso profilo dell'art. 84 del D.lgs. n. 163/2006, del disciplinare di gara (punto 6), dei principi di trasparenza, buon andamento ed imparzialità, del rispetto della par condicio e della continuità della gara.

Si è costituita in giudizio l'intimata A.P.S.S., che ha eccepito in via pregiudiziale l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso per tardività ed acquiescenza, chiedendone la reiezione nel merito, siccome infondato.

Con atto notificato a partire dal 21.4.2009 e depositato in pari data, si è costituita in giudizio la controinteressata soc. Siram S.p.A., la quale - oltre a controdedurre in rito e nel merito - ha proposto ricorso incidentale, con cui ha dedotto:

1) Violazione dell'art. 13, comma 1 del D.L. 4.7.2006, n. 223 (convertito con L. 4.8.2006, n. 248), dei principi di tutela della concorrenza e della par condicio e di quelli di cui agli artt. 87 e seguenti del Trattato CE.

Successivamente, con atto notificato a partire dall'8.5.2009 e depositato il 14.5.2009 le soc. Guerrato e Tea Sei S.r.l. hanno a loro volta proposto motivi aggiunti, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso incidentale e allegando nel merito che

l'offerta della prima graduata avrebbe dovuto essere esclusa, in particolare, denunciando:

- 1) Violazione dell'art. 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni con L. n. 248/2006 - illogicità manifesta e travisamento - violazione dei principi della parità di trattamento fra imprese e di tutela della concorrenza - difetto d'istruttoria;
- 2) Violazione sotto altro profilo del disciplinare di gara (punto 6.), dell'art. 46 del D.lgs. n. 163/2006, dei principi di trasparenza, buon andamento ed imparzialità e del rispetto della par condicio - difetto di motivazione.

Con memoria in vista della camera di consiglio del 21.5.2009 Siram S.p.A. ha eccepito l'irricevibilità per tardività dei proposti motivi aggiunti e la loro inammissibilità per carenza d'interesse, replicando poi diffusamente nel merito.

All'udienza pubblica del 9.7.2009 la causa è stata trattenuta in decisione

DIRITTO

1. In via preliminare il Collegio deve darsi carico delle eccezioni sollevate dalla resistente Azienda provinciale secondo la quale sarebbe palese la tardività del prodotto ricorso, posto che il termine di decadenza per la sua proposizione dovrebbe essere computato dal 1.12.2008, quando, cioè, la stazione appaltante avrebbe reso nota la determinazione della commissione tecnica di approvare la graduatoria definitiva con aggiudicazione a favore della

controinteressata Siram S.p.A; e ciò previa acquisizione di una nota con deduzione di plurimi motivi d'illegittimità della gara, poi puntualmente trasfusi nell'atto introduttivo, prodotta dalla rappresentante dell'A.T.I. Guerrato, dott.ssa Elena Chiarion, che ben avrebbe percepito il contenuto lesivo di quanto in quell'occasione direttamente appreso e che avrebbe dichiarato a verbale congiuntamente agli altri rappresentanti delle imprese in gara di non avere alcunché da osservare in merito al verbale della stessa commissione.

Detta eccezione va peraltro disattesa.

La presenza di un rappresentante dell'impresa alla riunione nel corso della quale sono state preannunciate determinazioni per la stessa negative, peraltro promananti dalla sola commissione tecnica, comporterebbe ex se la loro piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, soltanto qualora risultasse che il rappresentante fosse munito di un mandato ad hoc o che fosse un componente della compagine sociale, come tale già titolare di poteri di rappresentanza, il che autorizzerebbe ad affermare che la conoscenza siffattamente acquisita possa esser riferito alla concorrente (cfr. Cons. St., Sez. V, 27.9.2004, n. 6319; 21.6.2002, n. 3404 e 8.5.2002, n. 2473).

Dal verbale della vista seduta emerge, tuttavia, che la “dott.ssa Elena Chiarion” era presente in qualità di “delegata della ditta Guerrato” e che in tale veste ha recapitato al Presidente della gara un documento

composto di due pagine del quale è stata data immediata lettura e che è stato successivamente acquisito agli atti della procedura “in quanto comporta valutazioni non direttamente connesse alla presente seduta pubblica”.

In difetto di ogni puntuale affidamento di poteri rappresentativi se ne deve desumere che non sia stato conferito alla delegata alcun potere rappresentativo, come si ricava anche dal fatto che alcuna osservazione ella ha mosso contro il verbale della commissione tecnica.

Può inoltre soggiungersi che la resistente non ha fornito in giudizio alcuna diversa prova della legale o piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva in capo alle ricorrenti, non assolvendo dunque l'onere probatorio che le incombeva; la semplice qualità di nuncius della delegata resta dunque del tutto improduttiva di effetti in tal senso, sicchè il termine di decadenza non poteva decorrere dalla data della ricordata riunione, del tutto indipendentemente dal concorrente rilievo che il verbale di cui è stata data copia ai presenti era privo di ogni efficacia in attesa dell'approvazione della graduatoria da parte del Presidente della gara e successivamente della stazione appaltante..

Per quanto suesposto va disattesa anche l'eccezione di acquiescenza, posto che il fatto di avere dato atto della "correttezza del verbale della Commissione giudicatrice e pertanto di non avere contestazioni da porre a verbale" altro non esprime se non che la stessa delegata

non fosse sotto alcun profilo titolata a farlo in difetto di poteri rappresentativi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7.4.1989, n. 195); egualmente deve dirsi quanto al fatto che una copia dello stesso verbale sarebbe stato acquisito dalle ricorrenti ancora in data 10.9.2008, tenuto conto che lo stesso era privo di ogni efficacia lesiva e che rispetto ad esso sono state comunque successivamente presentate delle osservazioni in occasione della seduta del 1.12.2008, dal che del pari si desume l'assenza di ogni acquiescenza da parte delle ricorrenti.

2. Così definite le eccezioni preliminari sollevate dall'Azienda provinciale e passando all'esame del merito, debbono essere prioritariamente definiti i motivi introdotti con il ricorso incidentale notificato dalla controinteressata, che contesta la legittimità degli atti di gara nella parte in cui il presidente della gara non ha escluso dalla procedura l'offerta delle soc. Guerrato e Tea Sei S.r.l.

Sotto questo profilo non ignora il Collegio l'indirizzo secondo il quale il ricorso incidentale dovrebbe essere esaminato dopo quello principale (e solo in caso di riconosciuta ed astratta fondatezza di quest'ultimo), in quanto esso, di regola, opera come un'eccezione in senso tecnico; tale ordine processuale subisce, peraltro, una deroga nel caso in cui il ricorso incidentale, anziché limitarsi a censurare i provvedimenti impugnati nella sola parte in cui pregiudichino la posizione della parte controricorrente, persegua il fine di paralizzare l'azione principale, sì da precluderne in toto l'esame (cfr. Cons. Stato,

Sez. V, 29.8.2005, n. 4407; Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468).

La vicenda all'esame è, infatti, peculiarmente contrassegnata dal fatto che le ricorrenti, terze classificate nella graduatoria finale di gara in qualità di costituenda A.T.I., hanno denunciato sotto più profili la legittimità della nomina del presidente della gara e della composizione della commissione tecnica per la valutazione delle offerte, perseguendo trasparentemente il fine di travolgere ab initio tutta la procedura, mentre l'aggiudicataria si è proposta incidentalmente di dimostrare che le ricorrenti avrebbero dovuto essere estromesse dalla stessa gara in applicazione dell'art. 13, 1° comma del D.L. 4.7.2006, n. 223, convertito con L. 4.8.2006, n. 248.

Ne consegue che, contestando la ricorrente incidentale una fase anteriore del procedimento in questa sede impugnato in via principale, non può che trovare applicazione quel principio di economia processuale, che si esprime tramite la ricordata deroga nell'ordine dell'esame delle domande avanzate dalle parti in causa.

2.1 Chiarite le ragioni della priorità da accordarsi al ricorso incidentale debbono, peraltro, essere definite per prime le eccezioni in rito sollevate dalle ricorrenti, che hanno contestato, da una parte, l'assenza di un mandato speciale ad hoc per la proposizione del suddetto ricorso e, dall'altra, la circostanza che lo stesso, anziché essere notificato all'avvocato nel domicilio eletto, è stato indirizzato direttamente alle ricorrenti con violazione degli artt. 22 della L. 6.12.1971, n. 1034 e dell'art. 37 del R.D. 26.6.1924, n. 1054.

Detti rilievi sono, tuttavia, destituiti di giuridico pregio e debbono essere disattesi.

Quanto al primo di essi, affidato ad una logica formale che appare contrastante con la pienezza dei poteri difensivi conferiti ai propri difensori da un'impresa aggiudicataria di un appalto, che non possono non ricomprendere ogni iniziativa processuale strumentale alla difesa di siffatta posizione e dunque anche la proposizione di un ricorso incidentale, va in ogni caso osservato che l'ampiezza della procura speciale rilasciata ai difensori li equipara nella specie alla stessa posizione sul piano sostanziale della parte rappresentata in giudizio: alla difesa in ogni ordine e grado di giudizio è stata, infatti, associata, oltre al potere di farsi sostituire e di proporre querela di falso, quella di rinunciare agli atti e di accettare rinunce, di incassare e di quietanzare in nome e per conto della soc. Siram. In tale univoco quadro la circostanza che sia stata omessa ogni menzione del potere di proporre un eventuale ricorso incidentale è dunque semplice espressione del fatto che a tale decisione i difensori non possono che essere pervenuti dopo il rilascio della procura e l'esame degli atti della procedura: il fatto di poter fruire degli stessi poteri della parte rappresentata li esonerava in ogni caso dall'onere di munirsi poi di una distinta procura pertinente la proposizione del ricorso incidentale.

In ordine alla seconda eccezione è sufficiente porre in rilievo che, seppure la notificazione del ricorso incidentale sia stata fatta alle

ricorrenti personalmente, essa è peraltro avvenuta presso il domicilio eletto e dunque presso lo studio dell'avv. Laura Tardivo, Via Grazioli, 27 in Trento: anche in tal caso la diretta ed immediata conoscenza si è costituita in capo al difensore nel suddetto domicilio eletto prima che pervenisse a quella delle ricorrenti.

Nel merito degli introdotti motivi il ricorso incidentale deve essere, tuttavia, respinto.

Nella prospettazione offertane in memoria la violazione dell'art. 13, 1° comma del decreto Bersani troverebbe fondamento nel fatto che la mandante della costituenda A.T.I. e, cioè, Tea Sei S.r.l. sarebbe una società a capitale interamente pubblico, partecipata al 100% da Tea S.p.A. (già Azienda Servizi municipalizzati di Mantova) a sua volta partecipata da 43 comuni delle province di Milano e di Mantova, ai quali fornirebbe, in forza di affidamenti diretti in house, servizi strumentali alla loro attività: essa non potrebbe, dunque, partecipare a gare indette al fine di fornire ad altri enti, diversi da quelli dai quali è indirettamente partecipata, analoghi servizi.

In tale partecipazione si costituirebbe, quindi, l'obbligo di esclusione dell'intero raggruppamento, tenuto conto che il sistema dell'associazione temporanea di imprese, basandosi sul mandato conferito alla mandataria, non farebbe venire meno la previsione del richiamato art. 13, 1° comma, ancorché il soggetto che incorre nel ridetto divieto non sia l'impresa capogruppo, ma soltanto la mandante; e ciò in quanto tramite il mandato conferito alla

capogruppo entrambe sono destinate a divenire parte del rapporto contrattuale dopo l'eventuale aggiudicazione a loro favore.

Alla detta censura replicano, tuttavia, le ricorrenti che la prestazione di servizi cosiddetti "multiservice" a favore dei Comuni non avrebbe natura di servizio strumentale, in quanto quello di prestazione "calore" dovrebbe essere considerato un servizio pubblico, per cui Tea Sei S.r.l. non incorrerebbe nel divieto in questione, che, comunque, concernerebbe le sole società costituite dall'ente pubblico affidante ad unico oggetto, chiamate a esercitare "attività amministrativa in forma privatistica".

2.2 Osserva, in proposito, il Collegio che le azioni della Tea Sei S.r.l. sono pacificamente al 100% di proprietà della società Tea S.p.A. che, a sua volta, è posseduta al 100% da 43 Comuni della regione Lombardia.

Il comma 1 dell'art. 13 della legge n. 248 del 4 agosto 2006 recita: "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono

svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale”.

Il visto divieto trova completamento nel comma 2 della stessa norma, che impone alle medesime società di prevedere un oggetto sociale esclusivo, sancendo, poi, il comma 4 la nullità dei contratti conclusi dalle società di cui trattasi in violazione delle norme sopra richiamate.

Al riguardo occorre ricordare che la Corte costituzionale, con sentenza 1.8.2008, n. 326 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del D.L. 4.7.2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla L. 4.8.2006, n. 248, sollevata con riferimento agli artt. 3, 41, 114, 118 119 e 120 Cost., nonché infondata quella prospettata con riferimento all'art. 117 Cost. ed a varie norme contenute negli statuti della Regione siciliana, della Regione Friuli - Venezia Giulia e della Regione Valle d'Aosta: l'apprestata disciplina è stata, infatti, reputata legittima, sul rilievo che l'intervento del Legislatore è rivolto non già a limitare la concorrenza, quale materia peraltro ricompresa nella riserva statale, ma all'opposto a salvaguardarla, eliminando quelle posizioni di privilegio delle società pubbliche a scapito di quelle private che operano sul mercato; il che ricorre quando esse prestino la loro attività quali enti strumentali dell'ente pubblico di riferimento, fruendo dei vantaggi obiettivamente indotti dalla stretta contiguità

con il ridetto ente, al quale od ai quali prestino i loro servizi strumentali al di fuori del mercato.

2.3 La questione da risolvere attiene dunque alla riassumibilità o meno della mandante Tea Sei S.r.l. nel novero di quelle “società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività”: in proposito alcun dubbio può profilarsi invero per la controllante Tea S.p.A. alla stregua della diretta e totalitaria partecipazione al suo capitale da parte di 43 comuni lombardi.

A diversa conclusione deve, peraltro, pervenirsi, disattendendo le pur sagaci argomentazioni illustrate dalla ricorrente incidentale, con riferimento alla soc. Tea Sei S.r.l.

Sotto un primo profilo va in ogni caso chiarito che il servizio “calore” da rendere agli immobili dell'Azienda sanitaria provinciale non è qualificabile come servizio pubblico, che per ciò solo sottrarrebbe la ridetta società dall'applicazione del menzionato art. 13, 1° comma del decreto Bersani.

Al riguardo, le ricorrenti, si richiamano ad un indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. V, 22.12.2005, n. 7345), che, nel difetto di parametri legislativi di riferimento, ha delineato una nozione di servizio pubblico assai lata, fondato sul fatto che del servizio di riscaldamento non fruirebbero soltanto i dipendenti pubblici, che nei relativi immobili prestano la loro attività, ma anche

il pubblico che vi accede.

Il Collegio condivide, peraltro, quel diverso orientamento che, depotenziando a questi fini l'elemento soggettivo riconducibile alla stazione appaltante, fa proprio quello oggettivamente rappresentato dal ridetto servizio, quando sia indispensabile alla singola pubblica Amministrazione per l'espletamento della propria attività; dal che discende che la "gestione calore" deve più propriamente qualificarsi come un servizio strumentale per l'ente pubblico, del tutto ininfluenza restando il fatto che possa essere occasionalmente fruito dal pubblico (cfr. TRGA Bolzano 8.3.2007, 91; TAR Liguria 91.2009, n. 39).

Dalla ricognizione della natura strumentale del visto servizio non discende, peraltro, l'ordine di conseguenze rappresentato dalla controinteressata, che ciò ha sottolineato per rendere palese che le ricorrenti avrebbero dovuto essere escluse dalla gara in applicazione del richiamato art. 13, 1° comma del decreto Bersani.

Dalla documentazione camerale in atti si ricava, infatti, che Tea Sei S.r.l. non ha quale oggetto sociale "esclusivo" quello di fornire il visto servizio calore, bensì quello di fornire servizi pubblici integrati, come tali assimilabili a quelli pubblici locali, come accade nel caso dell'illuminazione pubblica ed anche ad attività strumentali agli enti di riferimento: in tal senso essa non soltanto non appare diretta emanazione dei comuni lombardi proprietari di Tea S.p.A., ma non svolge una sola attività di natura strumentale a favore degli enti

pubblici che l'hanno costituita, bensì una serie di differenziati servizi integrati.

Né rileva agli stessi fini la dedotta circostanza che Tea Sei S.r.l. svolgerebbe servizi strumentali a favore dei comuni che tramite Tea S.p.A. ne detengono il capitale da qualificarsi in house; da una parte, infatti, la sussistenza di detti rapporti è stata negata dalle ricorrenti, che hanno allegato senza alcuna contraddizione sul punto che alcun conferimento diretto vi sarebbe stato a loro favore dopo l'entrata in vigore del decreto Bersani e che i precedenti rapporti conferiti direttamente sarebbero tuttora in essere soltanto in via di proroga di fatto in attesa dell'indizione di una pubblica gara; dall'altra, l'insussistenza di un oggetto sociale per così dire monotematico esclude in ogni caso che il ricordato divieto di partecipazione a pubbliche gare possa esserle opposto (Cons. Stato Sez. VI 16.1.2009, n. 215).

Agli stessi fini deve essere, peraltro, definito quell'autonomo rilievo mosso con il ricorso incidentale, che fa leva sul fatto, in effetti incontroverso fra le parti in causa, che Tea S.p.A. è direttamente partecipata dai ricordati comuni lombardi e che il divieto di partecipazione a pubbliche gare ad essa conseguentemente applicabile non potrebbe non estendersi al ramo d'azienda dalla stessa conferito a Tea Sei S.r.l.

Al detto orientamento che riferisce dunque all'art. 13, 1° e 2° comma un vigore indubitabilmente espansivo rispetto alla sua mera lettera

hanno dato adesione il Consiglio di Stato con la decisione della Sez. Vi 7.10.2008, n. 4829 e il T.A.R. Lombardia Sez. I con la sentenza 31.1.2007, n. 140; in tal senso si è anche espressa l'Autorità per la Vigilanza con il parere del 31.7.2008, n. 213.

Pur tenendo conto di dette autorevoli pronunce il Tribunale reputa di dover pervenire ad opposta conclusione alla stregua dell'applicazione alla vicenda in esame del principio di proporzionalità di genesi comunitaria, che interdice che il soddisfacimento di fini di pubblico interesse possa avvenire per il tramite di misure eccedenti l'obiettivo da perseguire.

Con recente sentenza 19.5.2009 in C-538/07, preceduta da quella del 16.2.2008 in C-213/07 e pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale da parte della Sez. III del T.A.R. Lombardia di cui all'ordinanza 14.11.2007, n. 154, la Corte di giustizia ha, infatti, escluso che l'art. 10 comma 1 bis della L. 11.2.1994, n. 109 (e successive modificazioni e integrazioni) sia passibile di meccanica applicazione alle procedure di appalto di servizi nella parte in cui, richiamando l'art. 2359 cod. civ., stabilisce che non possono partecipare alle pubbliche gare le società che siano sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con la stessa.

Tale perentorio divieto, poi fatto proprio dal D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 anche per gli appalti di forniture e di servizi, è stato innovativamente ritenuto espressione dell'autonomia procedimentale riconosciuta agli Stati membri di prevedere ulteriori cause di

esclusione dalle gare in aggiunta a quelle nominate dalle relative direttive comunitarie, peraltro in difformità rispetto all'esercizio di un siffatto potere alla luce della natura tassativa delle cause di esclusione in altra occasione affermata (cfr. sentenza 16.12.2008 in C-213/07).

Il suddetto riconoscimento non ha, tuttavia, superato il successivo vaglio da parte della Corte in applicazione del principio di proporzionalità: l'obbligo assoluto di esclusione dalle gare per le imprese fra loro collegate discendente dall'art. 10 comma 1 bis, peraltro del tutto identicamente a quanto prescritto dall'art. 13, 1° e 2° comma del decreto Bersani, è apparso, infatti, in contrasto con un'efficace applicazione del diritto comunitario, conseguendone una notevole limitazione alla concorrenza fra le imprese nel mercato unico.

La presunzione assoluta così prevista, ancorché sia stato riconosciuto dalla Corte la sua stretta strumentalità rispetto al fine di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, è stata dunque riconosciuta palesemente eccedente rispetto al suddetto scopo, precludendo essa la possibilità di dimostrare che, nel caso di specie, alcun rischio si profili per la concorrenza fra le imprese concorrenti.

Per quanto direttamente concerne la presente controversia alcuna prova è, peraltro, ricavabile dagli atti di causa, né alcun indizio è emerso nel corso dell'istruttoria svolta dalla stazione appaltante

rispetto ad un siffatto rischio per il quale la ricorrente incidentale si è limitata ad indicare, peraltro, a conferma di quanto sopra esposto per avvalorare la natura multiutility della Tea Sei S.r.l., che essa svolgerebbe “attività di studio, ricerca, consulenza ed assistenza tecnica e finanziaria, di progettazione e di realizzazione delle reti e degli impianti per la distribuzione del gas, dell’energia elettrica e del calore, di progettazione e di realizzazione delle reti e degli impianti di illuminazione pubblica”.

Una tale indicazione pare trovare obiettivo riscontro, in difetto di ogni diverso elemento ostativo emerso in sede istruttoria, proprio nella genesi della Tea Sei S.r.l., che correla l’acquisto della propria autonomia al conferimento ad essa da parte di Tea S.p.A. del ramo d’azienda pertinente le reti di teleriscaldamento e distribuzione del gas e dei servizi di illuminazione pubblica e di gestione calore a favore di numerosi comuni della provincia di Mantova,

In conclusione deve dunque affermarsi che la mera sussistenza della denunciata partecipazione al capitale di Tea Sei S.r.l. da parte di Tea S.p.A., che detto conferimento di ramo d’azienda ha effettuato, non integra una presunzione iuris et de iure per l’esclusione dalla gara della Tea Sei S.r.l. e dunque di entrambe le società ricorrenti con conseguente reiezione per le esposte ragioni del ricorso incidentale.

3. Escluso che le ricorrenti debbano essere escluse dall’indetta gara può passarsi alla definizione dei motivi aggiunti introdotti dalle ricorrenti a seguito della notifica del ricorso incidentale da parte di

Siram S.p.A.

Sotto un primo e preliminare profilo vanno disattese le eccezioni di tardività e di acquiescenza contro dette censure sollevate.

L'aggiudicazione definitiva è stata, infatti, disposta con determinazione del 4.3.2009, n. 296, di cui la soc. Guerrato ha avuto parziale conoscenza tramite fax trasmesse l'11.3.2009; la notifica del ricorso introduttivo avvenuta il 18.3.2009 esclude la sussistenza dell'opposta irricevibilità.

Relativamente all'assunta acquiescenza possono essere richiamate per respingere il suddetto rilievo le precedenti argomentazioni, con le quali è stato sottolineato che gli atti anteriormente conosciuti, in difetto di adozione dell'aggiudicazione in via definitiva, non erano efficaci e dunque, in difetto di una loro immediata lesività, non dovevano essere immediatamente impugnati.

Il primo motivo aggiunto, con il quale si rappresenta il collegamento di Siram S.p.A. con l'impresa francese EDF a capitale interamente pubblico, va respinto per le identiche ragioni per le quali non è stato accolto il ricorso incidentale.

Quanto al secondo motivo è sufficiente osservare che alcuna modifica vi è stata nell'offerta presentata da Siram S.p.A. a seguito dei chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante, posto che il software Archibus FM in precedenza indicato è stato soltanto sostituito con la versione più aggiornata disponibile.

Sulla scorta di quanto suesposto il Collegio può ora sottoporre ad

esame il ricorso principale, che è fondato.

Va in proposito premesso che, per l'affidamento del servizio di gestione multiservice degli immobili di pertinenza dell'APSS di Trento, è stata prevista l'aggiudicazione del contratto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" con integrale applicazione della stessa disciplina legislativa per quanto non diversamente previsto dal bando: dal che parrebbe desumersi che, quanto meno secondo quanto ritenuto in tale sede, lo svolgimento sarebbe stato sottoposto alle stesse norme e in particolare al successivo art. 84, che stabilisce le modalità di nomina e di composizione della commissione aggiudicatrice.

Quanto all'applicabilità del codice dei contratti nel quadro degli ordinamenti regionali la Corte costituzionale ha dichiarato, peraltro, l'illegittimità dei commi 2, 3, 8 e 9 del predetto articolo, nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non si prevede che le norme in essi contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole (cfr. sentenza 19-23.11.2007, n. 401).

Per questo aspetto, l'APSS e la controinteressata hanno contestato che la ridetta disciplina statale sia direttamente applicabile nel territorio della Provincia autonoma, richiamando ostativamente la L.p. 19.7.1990, n. 23, che disciplina l'attività contrattuale e dell'amministrazione dei beni della Provincia autonoma di Trento e

quella 10.9.1993, n. 26 in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti, che precluderebbero ogni ruolo di supplenza da parte della legislazione nazionale in materia, nonché il D.lgs. 16.3.1992, n. 266, che egualmente farebbe divieto d'ingresso da parte delle leggi nazionali negli ambiti riservati alla competenza legislativa primaria della Provincia autonoma.

Detta interpretazione delle richiamate disposizioni deve essere, tuttavia, disattesa, posto che la legislazione provinciale non detta alcuna specifica disciplina in ordine alle commissioni di gara e dunque allo specifico organo deputato a svolgere collegialmente il compito di ammettere alla gara le offerte delle imprese partecipanti uti singulae ovvero in raggruppamento temporaneo, di valutarle con applicazione del parametro prescelto e dei criteri stabiliti da parte della stazione appaltante con finale formulazione di una graduatoria, previa occorrendo l'audizione di un sottocommissione formata esclusivamente da esperti del settore interessato.

Come rettamente riconoscono la stazione appaltante e la controinteressata nelle loro difese la richiamata legislazione provinciale non detta disposizioni specifiche in merito alla costituzione delle commissioni aggiudicatrici, limitandosi il D.P.G.P. 22.5.1991, n. 10-40/Leg ad affidare le operazioni di gara ad un organo monocratico assistito da due testimoni, cui resta come potenziale ausilio sul piano tecnico la competente struttura provinciale: nel vigente sistema locale è dunque del tutto assente la

figura della commissione di gara, quale organo estraneo e terzo rispetto alla stazione appaltante, dotato di specifiche competenze per la valutazione dei requisiti soggettivi delle imprese partecipanti e delle relative offerte, il cui finale giudizio è poi recepito da quest'ultima nei termini di cui alla stilata graduatoria.

L'avvenuta nomina di un presidente della gara deputato a pronunciare l'aggiudicazione con il compito di operare con l'assistenza di due testimoni da parte del Direttore generale dell'APSS e sussidiato da una commissione per la valutazione dell'offerta tecnica composta da nove membri è, pertanto, priva di una puntuale e sicura base normativa provinciale, non essendo il visto organo sotto alcun profilo equiparabile ad una commissione di gara cui si affidino le menzionate funzioni da esercitarsi in qualità di organo collegiale perfetto.

La possibilità che l'art. 84 del D.lgs. n. 163/2006, che prevede la nomina di una commissione giudicatrice, composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce la gara, possa trovare applicazione nell'ordinamento provinciale in difetto di una diversa e puntuale disciplina in tal senso deve essere quindi verificata in base all'art. 105 dello Statuto speciale di autonomia.

Detta disposizione statutaria va, infatti, intesa nel pregnante significato che la competenza esclusiva della Provincia autonoma non esclude che le leggi dello Stato trovino immediata applicazione

nell'ordinamento provinciale non solo quando difetti in toto un'autonoma disciplina della Provincia, ma anche quando, pur in presenza di un'apposita legge provinciale nel settore interessato, emerga l'assenza di una puntuale disciplina in sede locale quanto a particolari segmenti di attività amministrativa a fronte di un'esistente ovvero sopravvenuta legislazione nazionale che detta attività regolamenti puntualmente: è questa, invero, l'ipotesi prefigurata dall'art. 105, quando, cioè, si configuri una reale ed effettiva lacuna nell'ordinamento locale e dunque la necessità che vi ponga riparo la diretta applicazione delle norme statali nei termini già chiariti dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale 19.23.11.2007, n. 401.

La norma di cui all'art. 105 dello Statuto, concepita per la fase di "primo impianto" dell'autonomia regionale e provinciale, è tuttora vigente, come è comprovato dal fatto che è stata richiamata dall'art. 2, ultimo comma, del D.lgs. 16 marzo 1992, n. 266, rispetto al quale - va sottolineato - essa è sovraordinata nella gerarchia delle fonti quale norma costituzionale.

La rigorosa difesa dell'autonomia dell'ordinamento provinciale non può dunque impedire che, proprio per la meditata introduzione nello Statuto di una norma ad hoc quale è l'art. 105, una palese lacuna normativa nelle diverse materie assegnate alla competenza primaria della Regione o della Provincia autonoma resti priva di ogni disciplina, ancorché suppletivamente promanante dal Legislatore nazionale, limitatamente al periodo intercorrente tra l'entrata in

vigore della fonte statale e la data alla quale la Regione o la Provincia non abbiano legiferato al riguardo.

Il che, può utilmente ripetersi, l'Azienda sanitaria si era inizialmente orientata a fare, avendo richiamato nel bando di gara il D.Lgs. 163/2006 sia con riferimento al criterio dell'aggiudicazione, individuata in quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia quale norma di chiusura alla lett. F) dello stesso bando per ogni vicenda ivi non espressamente disciplinata, salvo poi vistosamente discostandosene per quanto attiene all'art. 84, pertinente la costituzione della commissione di gara.

Per conseguenza il denunciato vizio travolge tutta l'attività svolta e la finale aggiudicazione a favore della soc. Siram.

4. In conclusione, disatteso il ricorso incidentale, deve essere accolto quello principale.

Per quanto attiene al carico delle spese di lite reputa, tuttavia, il Collegio che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti in causa, tenuto conto della particolarità della vicenda sopra definita.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 50/2009, respinge il ricorso incidentale ed accoglie quello principale.

Spese del giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Azienda provinciale per i servizi sanitari.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 9.7.2009 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2009

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

IL SEGRETARIO