



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 la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 684 del 2010, proposto da Siram s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Anna Chiara Vimborgati, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, corso Vittorio Emanuele, 52;

contro

Azienda Sanitaria Locale BAT, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Delle Donne, con domicilio eletto presso l'avv. Gianluca Angelini in Bari, via Abate Gimma, 257;

per l'annullamento

della delibera 1 marzo 2010 n. 345, recante la decisione di non recepire i verbali di gara della Commissione giudicatrice della procedura aperta per l'appalto del servizio integrato e conduzione e gestione degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione, indetta con delibera 27 febbraio 2008 n. 309;

della nota del 2 marzo 2010, prot. 15118, recante la comunicazione del detto provvedimento;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale BAT;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2011 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Luigi Volpe (per delega di Anna Chiara Vimborgati) e Filippo Panizzolo (per delega di Alessandro Delle Donne);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Siram s.p.a. è risultata migliore offerente ed aggiudicataria provvisoria, nella procedura aperta indetta dalla Azienda Sanitaria Locale BAT, con delibera 27 febbraio 2008 n. 309, per l'appalto del servizio di conduzione e gestione degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione.

Con il provvedimento impugnato, il Direttore generale dell'azienda sanitaria ha deciso di non recepire i verbali di gara e di non disporre l'aggiudicazione definitiva, dando contestualmente incarico all'ufficio tecnico di riformulare il bando di gara.

La ricorrente ne chiede l'annullamento, deducendo motivi che possono essere raggruppati come segue:

- erronea interpretazione del capitolato speciale d'appalto ed eccesso di potere per travisamento, illogicità, sviamento, difetto di motivazione e contraddittorietà: l'Amministrazione avrebbe frainteso il contenuto della *lex specialis* e, in particolare, del capitolato allegato al bando, ritenendo che nell'ambito dell'appalto messo a gara i lavori (di manutenzione) fossero prevalenti sui servizi;
- violazione degli artt. 3, 14 del d. lgs. n. 163 del 2006: l'Amministrazione avrebbe violato i principi affermatasi in materia di contratti misti di lavori e servizi, oggi recepiti nel Codice dei contratti pubblici;
- violazione dell'art. 81 del d. lgs. n. 163 del 2006: l'Amministrazione sarebbe incorsa in sviamento, nell'utilizzo del potere di non aggiudicare previsto dalla norma richiamata;
- violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 e dei principi in materia di autotutela: l'Amministrazione non avrebbe consentito il contraddittorio, in relazione ad un'attività di riesame che si è sostanzialmente tradotta nell'adozione di un atto di annullamento in autotutela, ed in ogni caso avrebbe trascurato l'obbligo di motivare circa la prevalenza dell'interesse pubblico sull'affidamento ingenerato nell'aggiudicatario provvisorio.

Si è costituita l'Azienda Sanitaria Locale BAT, chiedendo il rigetto del gravame.

Questa Sezione, con ordinanza n. 419 del 10 giugno 2010, ha respinto l'istanza cautelare.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 12

gennaio 2011, nella quale la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In rito, deve innanzitutto essere respinta l'eccezione sollevata dalla difesa dell'azienda sanitaria, secondo la quale il ricorso sarebbe inammissibile per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati necessari, individuabili nei soggetti che avevano partecipato alla procedura aperta e si erano collocati in graduatoria dopo la società ricorrente.

Costoro, infatti, non sono controinteressati in senso tecnico a fronte della impugnativa del provvedimento che annulla in autotutela l'originaria procedura e ne indice una nuova per ragioni del tutto estranee alla loro posizione, atteso che tale atto arreca ad essi non un vantaggio immediato e diretto, bensì un vantaggio ipotetico ravvisabile nella possibilità di concorrere nuovamente all'aggiudicazione dell'appalto, che tuttavia come tale non si contrappone allo svantaggio che l'annullamento in autotutela arreca al soggetto originariamente dichiarato vincitore e, non differenziandoli, non li fa assurgere al rango di controinteressati necessari (in questo senso, per tutte, si veda Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2009 n. 1188).

2. Passando al merito, va premesso che l'Azienda Sanitaria Locale BAT ha indetto, con delibera 27 febbraio 2008 n. 309, una procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di conduzione e gestione degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione, di importo a base di gara pari ad euro 3.120.000, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa.

Con verbale del 24 novembre 2009, la ricorrente Siram s.p.a. è risultata migliore offerente ed aggiudicataria provvisoria.

Il Direttore generale dell'azienda sanitaria ha però adottato la delibera 1 marzo 2010 n. 345 (impugnata), nella quale si stabilisce di non recepire i verbali di gara e di non aggiudicare in via definitiva l'appalto, dando contestualmente incarico all'ufficio tecnico di riformulare il bando di gara.

Il provvedimento si fonda su motivazioni così riassumibili:

- il capitolato speciale di gara contempla, tra l'altro, la realizzazione di lavori di "*riqualificazione o adeguamento normativo e funzionale degli impianti esistenti*", che costituirebbero nuove opere e configurerebbero un vero e proprio appalto di lavori;
- l'importo a base di gara è pari ad euro 3.120.000 per tre anni, di cui euro 2.382.000 (il 76,34% del valore economico dell'appalto) per lavori di manutenzione, sicché la componente dei servizi assumerebbe carattere accessorio, sulla base del criterio della prevalenza economica;
- l'oggetto principale dell'appalto sarebbe pertanto costituito dai lavori e non dai servizi;
- il capitolato speciale sarebbe, inoltre, insufficiente a descrivere e rappresentare l'oggetto del contratto, in quanto demanderebbe all'appaltatore la definizione degli interventi di manutenzione ed individuerrebbe impropriamente i costi sulla base di un canone annuo legato a valutazioni qualitative, anziché sulla base di un computo

metrico delle lavorazioni;

- sarebbe dunque prevalente l'interesse pubblico al diniego dell'aggiudicazione, una volta accertata l'aleatorietà del contratto;
- infine, l'eccessiva onerosità dell'appalto impedirebbe all'azienda sanitaria di affrontare l'impegno di spesa, tenuto conto delle “*notorie condizioni di passività contabile in cui la stessa stazione appaltante versa, come peraltro certificato nel bilancio di previsione per l'anno 2010 (cfr. delibera n. 155 del 29/1/2010)*”.

3. Le censure introdotte dalla ricorrente, graduate in undici distinti motivi, possono essere unitariamente affrontate per economia di esposizione, ai sensi degli artt. 3, secondo comma, e 120, decimo comma, cod. proc. amm., e sono nel loro complesso fondate.

Gli argomenti utilizzati dall'azienda sanitaria, per giustificare il diniego di aggiudicazione, non resistono infatti alle doglianze puntualmente articolate nel ricorso.

3.1. E' fondata, in primo luogo, la censura con cui la ricorrente lamenta l'erronea interpretazione del capitolato speciale d'appalto e l'eccesso di potere sotto molteplici profili: l'Amministrazione ha realmente travisato il contenuto della *lex specialis* e, in particolare, del capitolato allegato al bando, ritenendo che i lavori di manutenzione fossero prevalenti sui servizi.

Il provvedimento impugnato muove dall'erroneo convincimento che la *lex specialis* di gara abbia illegittimamente qualificato il contratto quale appalto di servizi, in presenza di una componente economicamente prevalente riconducibile all'appalto di lavori.

In realtà, l'Amministrazione ha messo a gara il servizio integrato di conduzione e gestione degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione.

La lettura del capitolato speciale (cfr., in particolare, i paragrafi 2, 4, 5 e 8) rivela che oggetto dell'appalto è la fornitura di un sistema integrato di servizi per la gestione e l'esecuzione di tutte le attività necessarie a mantenere in stato di efficienza gli impianti, con l'espressa esclusione di nuove opere, fatta eccezione per gli interventi che risultino di volta in volta necessari per l'adeguamento e la riqualificazione degli impianti e delle strutture esistenti, al fine del loro corretto utilizzo.

Ciò che il capitolato speciale ha previsto è dunque l'effettuazione di interventi manutentivi, anche in via preventiva, sulla base di un programma di mantenimento della funzionalità degli impianti. Il corrispettivo di detti interventi è compreso nel canone; il capitolato prevede, tuttavia, interventi ulteriori di manutenzione, al di sopra della franchigia, da remunerarsi in aggiunta al canone sulla base dei prezzi unitari fissati nei listini allegati, al netto del ribasso offerto. Il canone fisso copre, inoltre, il servizio di elaborazione dell'anagrafe tecnica degli impianti esistenti.

L'effettuazione di interventi di riparazione e piccola manutenzione si pone, nella fattispecie, in relazione di stretta accessorietà rispetto al servizio.

Normalmente la manutenzione degli impianti implica *ex se* una pluralità di piccoli interventi modificativi della loro consistenza

materiale, senza che per ciò solo essa debba essere assimilata sempre e comunque ad un appalto di lavori. Secondo la giurisprudenza, infatti, la manutenzione va ricondotta nei lavori pubblici solo quando la prestazione dell'appaltatore comporti un'attività prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi, non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005 n. 537).

3.2. Né può condividersi il rilievo contenuto nella premessa al provvedimento impugnato, laddove si afferma che il bando demanderebbe (illegittimamente) all'appaltatore la definizione della prestazione da eseguire.

Al contrario, gli interventi di manutenzione richiesti dal capitolato sono quelli di volta in volta giustificati dalle esigenze di funzionamento degli impianti. E' perciò ammissibile che, in tale ipotesi, il capitolato di gara non contenga un computo metrico dettagliato dei lavori da eseguire. Tanto non determina affatto l'aleatorietà del contratto, come impropriamente ritenuto dall'Amministrazione.

3.3. Che l'appalto in questione sia giuridicamente riconducibile alla categoria dei servizi è poi confermato dalla disciplina vigente in materia di contratti misti stipulati dagli enti pubblici.

Come è noto, ai sensi dell'art. 14, terzo comma, del d. lgs. n. 163 del 2006, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se il relativo importo assume rilievo superiore al 50% “salvo che, secondo le

caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto".

La norma, all'esito della procedura d'infrazione comunitaria aperta anni addietro nei confronti dello Stato italiano, ripudia il criterio della prevalenza economica e dà invece rilievo decisivo, in ultima istanza, al criterio funzionale, attraverso la verifica dell'oggetto principale del contratto e del rapporto di accessorietà tra lavori e servizi. Il criterio sostanzialistico della funzione obiettiva del contratto, in relazione alle finalità dell'Amministrazione che ha indetto la gara, prevale sul criterio aritmetico della prevalenza dell'importo economico dei lavori. Ed è proprio negli atti di gara che va ricercato l'oggetto principale dell'appalto, onde stabilire in concreto se vi sia o meno una relazione di accessorietà dei lavori rispetto ai servizi (cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008 n. 36).

E' pertanto fondata la censura con cui la ricorrente deduce violazione degli artt. 3 e 14 del d. lgs. n. 163 del 2006, in tema di individuazione della disciplina applicabile agli appalti misti di lavori e servizi.

3.4. Ugualmente improprio è il richiamo all'art. 81, terzo comma, del Codice dei contratti pubblici, che si legge nella motivazione del provvedimento impugnato.

La norma consente alle stazioni appaltanti di non procedere all'aggiudicazione, quando *"nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto"*.

Ma, nella fattispecie, l'Amministrazione non è stata in grado di

dimostrare l'inopportunità ovvero l'eccessiva onerosità dell'offerta tecnico-economica presentata dalla Siram s.p.a., che anzi è incontestabilmente risultata la migliore tra quelle pervenute, oltreché conforme al bando di gara (quest'ultimo mai revocato o annullato dall'Amministrazione).

3.5. Infine, quanto alla dedotta violazione dei principi in materia di autotutela amministrativa, il Collegio rileva che le difficoltà finanziarie in cui verserebbe l'azienda sanitaria (che non avrebbero comunque consentito l'assunzione dell'impegno di spesa per il triennio) vengono apoditticamente enunciate all'interno della delibera gravata, senza adeguata documentazione.

In proposito, parte ricorrente ha depositato, in prossimità dell'udienza di trattazione, una perizia contabile giurata secondo la quale, dall'esame del bilancio di previsione 2010 e del bilancio pluriennale 2010 – 2012, non si evincono le situazioni di passività contabile richiamate nella delibera, quantomeno per l'anno 2010 (che evidenzierebbe, al contrario, un'eccedenza delle attività sulle passività pari ad euro 60.911.518).

La difesa dell'azienda sanitaria non ha replicato sul punto. Ai sensi dell'art. 64, secondo comma, cod. proc. amm., le conclusioni del perito di parte possono perciò essere accolte alla stregua di fatti non specificamente contestati dalle parti costituite.

E' dunque fondato il motivo con il quale la ricorrente contesta la sussistenza dei presupposti per addivenire alla revoca della procedura.

4. In conclusione, per le ragioni fin qui esposte (ed assorbiti gli

ulteriori motivi, dal cui accoglimento non deriverebbe un'utilità maggiore per parte ricorrente), la delibera impugnata è illegittima e va annullata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia. Sede di Bari (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la delibera 1 marzo 2010 n. 345.

Condanna l'Azienda Sanitaria Locale BAT alla refusione delle spese processuali in favore della ricorrente, nella misura di euro 5.000 (cinquemila) oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/03/2011

IL SEGRETARIO

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