



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 170 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Trento e Agostini Mario, rappresentati e difesi dall'avv. Mario Maccaferri, con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, Via Grazioli, 27

contro

il Comune di Baselga di Pinè, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Tita, con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, Via Lunelli, 48

per l'annullamento

- del bando di gara di data 7 - 12.8.2009 e del relativo disciplinare di gara, con il quale è stata indetta una procedura aperta per l'affidamento dei servizi tecnici di direzione lavori, coordinamento

della sicurezza in fase di esecuzione, contabilità e assistenza dei lavori di realizzazione della piscina coperta, centro salute e fitness a Baselga di Pinè;

- della determinazione n. 552 del 9.10.2009, con la quale il Segretario generale del Comune di Baselga di Pinè ha modificato il bando di gara per l'affidamento dei servizi tecnici di direzioni lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, contabilità e assistenza dei lavori di realizzazione della piscina coperta, centro salute e fitness;

- del bando di gara di data 5.1.2009 e del relativo disciplinare

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Baselga di Pinè;

Viste le memorie difensive;

Vista la propria ordinanza 19.11.2009 n. 122 con cui è stata respinta l'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2010 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Ordine degli ingegneri della provincia di Trento ed un singolo professionista hanno impugnato col presente ricorso alcune clausole

del bando di gara con cui è stata indetta dal Comune di Baselga di Pinè una procedura aperta, con aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi tecnici di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza, di contabilità ed assistenza nella realizzazione di una struttura da destinarsi a piscina coperta, centro salute e fitness.

Le clausole contestate col ricorso introduttivo, sono:

a) tra le condizioni di partecipazione alla gara, quella di aver espletato nei 10 anni precedenti almeno due incarichi di progettazione esecutiva o direzione lavori nel settore delle piscine coperte pubbliche, denunciata come discriminatoria ed eccessivamente restrittiva della concorrenza;

b) tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, quelli che avrebbero comportato un'illegittima commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione, con un peso preponderante riservato al profilo soggettivo e organizzativo, come il curriculum professionale, i precedenti incarichi di progettazione e direzione lavori anche di eventuali altri impianti sportivi omologati CONI, per un totale di 60 punti su 80 complessivamente riservati per la valutazione dell'offerta.

A sostegno del ricorso sono state dedotte plurime censure di violazione di legge e di eccesso di potere sotto vari profili.

A seguito della proposizione del ricorso, l'Amministrazione ha peraltro deciso, *re melius perpensa*, di modificare il bando relativamente alle clausole controverse nei termini di cui alla determinazione del

Segretario generale 9.10.2009 n. 522, che:

1) in luogo del requisito relativo all'espletamento nei 10 anni precedenti all'indizione del bando di almeno due incarichi di progettazione esecutiva o direzione lavori nel settore delle piscine coperte pubbliche, ha introdotto i seguenti requisiti:

a) fatturato globale per gli stessi servizi, negli ultimi 5 esercizi, di € 3.100.175,00;

b) organico medio utilizzato negli ultimi tre anni pari a due volte le unità stimate dal bando;

2) inoltre, luogo degli originari criteri di valutazione dell'offerta tecnica, il punteggio riservato al curriculum professionale è stato ridotto a 30 punti e quello per gli incarichi di progettazione a 20 punti, con l'aggiunta di 5 punti per quelli di impianti sportivi omologati CONI.

Avverso il bando siffattamente modificato sono stati proposti motivi aggiunti, con i quali si deduce:

a) violazione dei principi di non discriminazione e di libera concorrenza, nonché di proporzionalità e ragionevolezza;

b) violazione del principio che vieta un'indebita commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione, essendo riservati al curriculum professionale ed ai pregressi incarichi di progettazione e direzione lavori un totale di 55 punti su 80 complessivamente previsti per il profilo tecnico dell'offerta.

Successivamente, in data 5.11.2009 sono stati apportati ulteriori

correttivi alla ripartizione dei punteggi per l'offerta tecnica, mantenendo soltanto il punteggio di 15 punti per pregressi incarichi di progettazione/direzione lavori di impianti sportivi omologati CONI ed eliminando il punteggio per il curriculum professionale.

In relazione a tale ultima modifica, il difensore della parte ricorrente ha dichiarato, nella memoria del 19.3.2010, la sopravvenuta carenza d'interesse alla definizione delle censure dedotte col secondo motivo del ricorso introduttivo e col secondo motivo aggiunto.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità della prodotta impugnativa per difetto di legittimazione e d'interesse all'impugnazione dei punteggi per l'offerta tecnica, in quanto si tratterebbe di prescrizioni che non inciderebbero sulla più ampia partecipazione alla gara da parte degli iscritti all'Ordine professionale, ma esclusivamente sul suo esito finale, senza contare che alcuna offerta ha successivamente presentato il singolo professionista co - ricorrente.

Nel merito l'Amministrazione ha diffusamente contestato la fondatezza delle censure dedotte, concludendo per la reiezione del ricorso.

Venendo alle considerazioni del Collegio, va anzitutto osservato che, conformemente a quanto dichiarato dal difensore dei ricorrenti, le censure originariamente dedotte sono divenute improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse alla loro definizione, essendo state

le clausole del bando successivamente modificate dall'Amministrazione in pendenza del giudizio.

Persiste invece l'interesse alla verifica della legittimità delle clausole *medio tempore* novellate, di cui agli introdotti motivi aggiunti, che sono attinenti:

1) ai requisiti minimi, anch'essi contestati dalla parte ricorrente, relativamente:

a) al fatturato globale per gli stessi servizi, negli ultimi 5 esercizi, di € 3.100.175,00;

b) all'organico medio utilizzato negli ultimi tre anni pari a due volte le unità stimate nel bando di gara per la realizzazione dell'opera;

2) quanto agli originari criteri di valutazione dell'offerta tecnica, sono stati riservati al curriculum professionale 30 punti, agli incarichi di progettazione 20 punti, con l'aggiunta di 5 punti per quelli di impianti sportivi omologati CONI. Peraltro, gli anzidetti criteri sono stati ulteriormente modificati dall'Amministrazione in data 5.11.2009 ed in relazione a tale modifica il difensore della parte ricorrente ha egualmente dichiarato di non aver più interesse alla relativa contestazione.

La materia del contendere resta quindi limitata alle censure dedotte contro le clausole del bando sui requisiti minimi relativi al fatturato globale per gli stessi servizi, negli ultimi 5 esercizi, di € 3.100.175,00, ed all'organico medio utilizzato negli ultimi tre anni, pari a due volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento del servizio.

Sul punto il difensore dell'Amministrazione ha obiettato che tali parametri sono pedissequamente ripresi dall'art. 66 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554 che, relativamente all'affidamento dei servizi relativi all'architettura ed all'ingegneria, prevede che "i requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo:

a) al fatturato globale per servizi di cui all'art. 50, espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, per un importo variabile tra 3 e 6 volte l'importo a base d'asta;

... d) al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (comprendente i soci attivi, i dipendenti e i consulenti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua), in una misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico."

Nella fattispecie, la stazione appaltante avrebbe dunque legittimamente fatto propri parametri intermedi rispetto alle viste soglie minima e massima, stabilendo che il fatturato globale da documentare nel previsto periodo sarebbe dovuto essere almeno cinque volte l'importo a base d'asta, mentre l'organico medio sarebbe dovuto essere almeno doppio rispetto a quello prescritto nel bando in puntuale applicazione della suddetta disposizione regolamentare.

Per quanto concerne le viste prescrizioni reputa, tuttavia, il Collegio che, *re melius perpensa* rispetto a quanto espresso nella motivazione dell'accordata misura cautelare, detta scelta, ancorché

discrezionalmente individuabile da parte dell'Amministrazione, si sia tradotta nella vicenda all'esame nella violazione dei principi di libera concorrenza e di proporzionalità secondo cui, in materia di procedure di evidenza pubblica, si deve consentire la partecipazione al maggior numero di soggetti, al fine di assicurare la più ampia partecipazione delle imprese e dei professionisti.

La Corte di giustizia CE ha, infatti, più volte statuito che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (cfr. da ultimo sentenza 19 maggio 2009 nella causa C-538/07, Assitur, punto 26).

Il meditato rispetto del principio di concorrenza alla cui verifica essenzialmente presiede il principio di proporzionalità in difetto di dirette violazioni di norme comunitarie assolve, del resto, non soltanto il ruolo di perseguire il soddisfacimento dell'interesse alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche quello dell'Amministrazione aggiudicatrice, la cui scelta nella ricerca sul mercato unico dell'offerta più conveniente ovvero più vantaggiosa potrà essere effettuata su una platea di offerte tanto più numerose quanto minore rigore sia stato esercitato nella redazione dei relativi bandi di gara (cfr., in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia CE 15 maggio 2008 nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP e Santorso).

Per quanto più in particolare si riferisce alla dedotta violazione del

principio di proporzionalità dell'azione amministrativa il prudente controllo di essa va esercitato, come è oggi *ius receptum*, secondo la nota scansione triadica della obiettiva necessità del mezzo prescelto, della sua astratta idoneità a perseguire lo scopo, nonché, infine, della sua stretta proporzionalità secondo l'antico brocardo risalente a Otto Mayer "*Man darf nicht auf die Spatzen mit Kanonen schießen*", alla cui stregua il provvedimento emanato deve coincidere con quello più mite, vietato essendo il superamento della soglia del soddisfacimento dell'interesse pubblico da soddisfare.

Nella specie è avviso del Collegio che entrambi tali parametri (proporzionalità e principio di concorrenza) siano stati violati.

Nella specie occorre, infatti, porre in evidenza che l'opera pubblica da realizzare, consistente in una piscina coperta con centro salute e fitness, era già stata progettata da altri, per cui le prestazioni professionali da appaltare con l'indetta gara non potevano essere considerate di particolare impegno, trattandosi di dare fedele esecuzione alla progettazione generale ed esecutiva che sarebbe stata posta a disposizione dell'aggiudicatario o degli aggiudicatari: il che è stato pervero immediatamente sottolineato dalla sagace difesa dei ricorrenti già in occasione della proposizione dell'originario ricorso, del quale si è più sopra dato atto della sopravvenuta carenza d'interesse.

A fronte di prestazioni professionali di stretta esecuzione di un'opera progettata da terzi, seppure associata al coordinamento della

sicurezza, alla contabilità e all'assistenza, l'incarico da conferire tramite pubblica gara, essendo palesemente alla portata di un serio professionista non privo di qualche esperienza in materia di lavori pubblici, appare essere stato governato da clausole obiettivamente esuberanti rispetto al fine, che non poteva che apparire largamente prevalente con quello di contenere la spesa.

Ne consegue che il fatto di aver preteso un fatturato globale, per gli stessi servizi, negli ultimi 5 esercizi, di € 3.100.175,00, cioè cinque volte quello posto a base di gara, ed un organico medio utilizzato negli ultimi tre anni pari a due volte le unità stimate nel bando di gara per lo svolgimento del servizio, appare obiettivo strumento diretto a privilegiare sul mercato unico, oltre che su quello regionale e provinciale, la scelta di professionisti ben al di sopra della soglia della personale, meritata affermazione, di fatto escludendo dalla potenziale partecipazione quanti, se del caso operanti sul mercato da un più contenuto lasso temporale, perfettamente in grado di presentare la propria offerta, eventualmente più conveniente per la stazione appaltante: il che non può che rispondere al vero se si riflette che, in una fase economica all'interno della quale, la pubblica Amministrazione ha assunto da tempo un ruolo trainante dell'economia proprio tramite la progettazione e l'esecuzione di opere pubbliche, alla gara hanno partecipato soltanto sette concorrenti (cfr. per riferimenti : T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 27 agosto 2006, n. 1877)

Né diversamente soccorre la scelta operata dal Comune il richiamo all'art. 66 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, all'interno dei cui parametri essa si è collocata.

Alcuna indebita certezza poteva essere, invero, tratta dall'applicazione della suddetta disposizione in ragione della natura essenzialmente astratta della relativa previsione, che ben avrebbe potuto essere disapplicata direttamente da parte della Stazione appaltante, ove fosse pervenuta alla retta conclusione che le stesse soglie minime per i due cennati requisiti del fatturato globale e del personale a servizio degli studi professionali potesse essere considerato esuberante rispetto alle esigenze da soddisfare e da paramentrare alla luce dei due richiamati principi di genesi comunitaria.

Dalle argomentazioni più sopra illustrate emerge dunque che la scelta dei ridetti requisiti per la realizzazione di un'opera già compiutamente progettata da terzi non poteva che privilegiare una più contenuta professionalità, nonché il profilo economico del complessivo onere finanziario a carico dell'Amministrazione.

Il che, in definitiva, significa che, rispetto alle disposizioni dell'ordinamento interno, non possono che prevalere nello stesso interesse dell'Amministrazione, oltre che in applicazione del principio della concorrenza sul mercato unico, le disposizioni e in ogni caso i principi generali dell'ordinamento comunitario.

Il ricorso va perciò accolto, nei termini che precedono, col

conseguente annullamento delle anzidette due clausole del bando di gara.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza per il resistente Comune che è condannato a rifonderle al ricorrente Ordine degli Ingegneri della provincia di Trento e all'Ing. Mario Agostini. Esse sono liquidate - tenuto conto del valore indeterminabile della causa e della qualità dell'attività difensiva svolta dal difensore - in complessivi € 10.000,00 (di cui € 8.500,00 per onorari ed € 1.500,00 per diritti) oltre al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti, a titolo di spese generali ed all'I.V.A. e C.P.N.A..

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, lo accoglie.

Condanna l'Amministrazione comunale resistente a rifondere alla parte ricorrente le spese del giudizio, liquidate in motivazione.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/04/2010

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

IL SEGRETARIO