



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2155 del 2011, proposto da:
Sea Srl, Società Multiservizi Energia S.r.l., Itagas Ambiente Srl,
rappresentati e difesi dagli avv. Sebastiana Dore, Giorgio Leccisi, con
domicilio eletto presso Marco Napoli in Milano, Via Dante 16;

contro

Provincia di Pavia, in persona del Presidente pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Rocco Noviello, con domicilio eletto
presso lo stesso in Milano, Via G. Leopardi 14;
Regione Lombardia; non costituita in giudizio

per l'annullamento

della determinazione n. 40888 del 10.6.2011 con cui la Provincia di
Pavia ha indetto "avviso pubblico per la costituzione di un elenco

provinciale di ispettori di impianti termici ad uso civile";
del predetto avviso pubblico e degli atti allo stesso allegati, compreso lo "schema di scrittura privata per l'esecuzione delle ispezioni";
della D.D. n. 795 dell'8.6.2011, PG 38132, avente ad oggetto "Procedura ad evidenza pubblica per la costituzione di un elenco provinciale di ispettori di impianti termici ad uso civile", di contenuto sconosciuto;
del diniego eventualmente formatosi tacitamente a seguito delle istanze ex art. 243-bis del D.Lgs. n. 163/2006 inviate dalle Società ricorrenti;
delle delibere della Giunta regionale n. 8/8355 del 5.11.2008 e 5117/2007;
di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Pavia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 agosto 2011 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con avviso pubblicato sull'Albo Pretorio e sul proprio sito internet la Provincia resistente ha indetto una procedura "per la costituzione di un elenco provinciale di ispettori per l'affidamento delle prestazioni dei servizi attinenti le ispezioni degli impianti termici ad uso civile" siti nei Comuni della Provincia.

Per quanto qui rileva in particolare, l'art. 2 del predetto Avviso indicava i "requisiti richiesti per la presentazione delle candidature", l'art. 4 i criteri da seguirsi per la "valutazione delle candidature", l'art. 5 le modalità di scorrimento della graduatoria. I compensi da corrispondere ai soggetti incaricati erano prefissati forfetariamente nello schema di scrittura privata allegata allo stesso Avviso.

Con i motivi 1, 2 e 6 i ricorrenti censurano la sostanziale elusione e violazione dei principi di evidenza pubblica da parte dell'Avviso de quo, che darebbe luogo ad un sistema di affidamenti diretti, in assenza di un vero e proprio confronto competitivo.

Deve preliminarmente respingersi l'eccezione preliminare sollevata dalla difesa della resistente.

Le società ricorrenti hanno presentato istanza di partecipazione alla selezione, lamentando tuttavia il suo carattere fittizio, che non consentirebbe alcun confronto competitivo, precludendo così la presentazione di una vera e propria offerta, da cui l'ammissibilità del ricorso, in adesione al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "l'immediata impugnazione del bando è configurabile unicamente nelle ipotesi in cui sia impedita la partecipazione formale

o sostanziale, quest'ultima da intendersi come obiettiva impossibilità di presentare un' offerta competitiva alla gara” (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 14 gennaio 2005 , n. 158, C.S. Sez. IV, 26 novembre 2009 n. 7442).

Nel merito, le censure sopra evidenziate, sono fondate, con assorbimento delle ulteriori.

A prescindere dalla questione, dibattuta tra le parti, della riconducibilità dei servizi di che trattasi a quelli indicati nell'Allegato II A o nell'Allegato II B del D.Lgs. n. 163/06, osserva il Collegio come le modalità concretamente seguite dall'Amministrazione resistente onde affidare i servizi de quo, violano i principi fondamentali di cui all'art. 27 dello stesso D.Lgs. n. 163/06, richiamati dall'art.20.

Ancora in via preliminare, osserva inoltre il Collegio che l'importo presunto dell'affidamento, sebbene non indicato negli atti di gara, è quantificato dalla ricorrente, con modalità non contestate, in misura ampiamente superiore alle soglie comunitarie, da cui deriva in ogni caso l'inapplicabilità dell'art. 125 D.Lgs. n. 163/06, peraltro non invocato negli atti impugnati.

Nel dettaglio, la graduatoria viene formata avendo riguardo unicamente a criteri soggettivi dei candidati (controlli effettuati nel passato, possesso di attestazioni, abilitazioni, certificazioni, colloquio su argomenti tecnico-normativi), senza alcuna correlazione con lo svolgimento dei servizi che saranno concretamente svolti. Taluni dei

detti criteri, oltrechè non pertinenti con l'oggetto dell'appalto, risultano inoltre palesemente discriminatori, privilegiando i concorrenti che hanno effettuato controlli in Regione Lombardia, nonché coloro che ne hanno già svolti su incarico della Provincia di Pavia.

Quanto precede è pertanto in palese contrasto con i principi affermati dalla Corte di Giustizia, secondo cui i criteri di valutazione devono essere collegati all' oggetto dell' appalto e rispettare il principio di non discriminazione (Corte Giustizia CE, Sez. VI, 04 dicembre 2003 n. 448).

A fronte di una graduatoria formata nei termini che precedono, la concreta assegnazione dei contratti avviene poi mediante semplice “scorrimento” dei soggetti utilmente collocati. L'affidamento dei servizi de quo dipende pertanto da una preselezione effettuata sulla base di criteri largamente illegittimi, e da una successiva assegnazione automatica, senza che in tale sistema assuma alcun rilievo una qualsivoglia valutazione economica.

Su tale ultimo aspetto, ritiene il Collegio che illegittimamente gli atti impugnati non motivano in alcun modo in ordine alla mancata inclusione di un parametro economico tra i criteri utilizzati per la formazione della graduatoria, o per il suo scorrimento, limitandosi invece ad affermare che “per l'esercizio della funzione di controllo in questione non esiste un ufficio od una struttura interna a ciò deputata”, e che “l'esercizio dell'attività di ispezione si autofinanzia

con le somme versate dagli utenti”.

L'art. 9 c. 2 del D.Lgs. n. 192/05 prevede al contrario che le autorità competenti, nell'affidare ad altri organismi pubblici o privati gli accertamenti e le ispezioni, assicurano che la copertura dei costi avvenga in modo “da garantire il minor onere e il minor impatto possibile a carico dei cittadini”. A sua volta l'art. 4 lett k) della delibera di Giunta Regionale 5 novembre 2008, n. 8/8355 (“Disposizioni per l'esercizio, il controllo, la manutenzione e l'ispezione degli impianti termici nel territorio regionale”), definisce «controlli sugli edifici o sugli impianti», le operazioni svolte da tecnici qualificati “operanti sul mercato”.

Sebbene non richiamato negli atti di gara, il Collegio intende soffermarsi brevemente sul contenuto dell'Allegato I del D.P.R. n. 412/93, onde verificare se esista un divieto ex lege di formulazione di un'offerta economica al ribasso nell'ambito degli affidamenti di servizi di che trattasi.

Il comma 3 prevede che “l'organismo ed il personale incaricato devono eseguire le operazioni di verifica con la massima integrità professionale e competenza tecnica e non devono essere condizionati da pressioni ed incentivi, soprattutto di ordine finanziario, che possano influenzare il giudizio o i risultati del controllo, in particolare se provenienti da persone o gruppi di persone interessati ai risultati delle verifiche”. Per il successivo comma 6 “deve essere garantita l'indipendenza del personale

incaricato delle verifiche. La remunerazione di ciascun agente non deve dipendere né dal numero delle verifiche effettuate né dai risultati di tali verifiche”.

Entrambe le disposizioni sono finalizzate a salvaguardare la qualità delle operazioni di controllo e l'indipendenza degli operatori, la cui remunerazione non può essere subordinata a parametri meramente “quantitativi”.

Tali disposizioni non paiono tuttavia giustificare la completa irrilevanza dell'elemento economico nell'ambito delle procedure di affidamento dei servizi de quo. L'esigenza che determinate prestazioni siano adeguatamente retribuite, non potendo i ribassi superare determinati “minimi inderogabili”, è infatti una tematica ampiamente diffusa nel settore degli affidamenti pubblici, spesso oggetto di verifica nell'ambito del sub-procedimento di anomalia. La necessità di retribuire adeguatamente determinati prestatori di servizi non è pertanto ostativa alla formulazione di un ribasso in sede di offerta; peraltro l'art. 2 c. 1 lett. a) D.L. 4.7.2006 n. 223 ha abrogato “le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime”.

A prescindere dalle considerazioni sopra espresse, la stazione appaltante, negli atti di affidamento non ha in alcun modo giustificato il mancato rilievo attribuito al parametro economico ai fini dell'aggiudicazione, e tanto basta a viziare gli atti de quo per

violazione dei principi fondamentali di cui all'art. 27 D.Lgs. n. 163/06. Gli atti impugnati avrebbero infatti dovuto puntualmente indicare le disposizioni normative e/o le ragioni di opportunità che impedivano una qualsivoglia valorizzazione dell'elemento "prezzo".

Alla luce di quanto precede non hanno pregio le argomentazioni sollevate dalla difesa della resistente, nelle quali si afferma che la normativa in tema di ispezioni sugli impianti nulla dispone in ordine alle modalità di selezione dei soggetti che svolgeranno il servizio, poiché tale eventuale lacuna non giustifica la deroga ai principi fondamentali in materia di scelta del contraente sopra richiamati. Al contrario, l'art. 8 della citata D.G.R. n. 8355/08 prevede che "nel caso venga utilizzata la possibilità di ricorrere ad organismi esterni, l'ente locale deve stipulare con l'organismo un'apposita convenzione, nel pieno rispetto della normativa che disciplina i rapporti economici della Pubblica amministrazione con soggetti esterni".

Il ricorso va pertanto accolto.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tre le parti le spese di giudizio, in relazione all'innovatività della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione I definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato a favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 agosto 2011 con l'intervento dei magistrati:

Silvana Bini, Presidente FF

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/08/2011

IL SEGRETARIO

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