



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 166 del 2011, proposto da:
CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del
Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Coli e
Stefano Baccolini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Gianpiero Luongo in Trento, via Serafini, n. 9

contro

Comune di Rovereto, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianpaolo Manica e Flavio
Dalbosco, con domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in
Trento, via Paradisi n. 15/1

nei confronti di

- Marco Polo S.p.a., in proprio e quale mandataria di costituenda
A.T.I. con PVB Solutions S.p.a. e Trentina Calore S.r.l., rappresentata
e difesa dagli avv.ti Gioia Vaccari e Daria de Pretis, con domicilio

eletto presso lo studio della seconda di esse in Trento, via S. Trinita' n. 14;

- PVB Solutions S.p.a., in proprio e quale mandante di costituenda A.T.I. con Marco Polo S.p.a. e Trentina Calore S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Adami, Silvio Bozzi e Paolo De Nardis, con domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in Trento, piazza Mosna n. 25;

- Trentina Calore S.r.l., non costituita in giudizio

per l'annullamento

- del provvedimento "verbale di aggiudicazione definitiva", recante il relativo decreto, assunto dal Responsabile del procedimento in data 20 luglio 2011, prot. n. 31676/2011, in favore della costituenda A.T.I. tra Marco Polo S.p.a., PVB Solutions S.p.a. e Trentina Calore S.r.l., della gara d'appalto indetta dal Comune di Rovereto per l'affidamento del "Servizio di gestione impianti termici e tecnologici in genere, inclusa la fornitura di combustibile, inerenti il patrimonio immobiliare attuale e futuro del Comune”;

- della determinazione n. 753/2011, di data 5 aprile 2011, assunta dal Dirigente del Servizio lavori pubblici del Comune di Rovereto, recante la nomina della Commissione tecnica per la valutazione delle offerte tecniche;

- di tutti i verbali di gara e, segnatamente:

--- del verbale relativo alla seduta pubblica ("prima seduta") del 6 aprile 2011;

--- dell'unico verbale relativo alle nove sedute riservate tenutesi in data

18 e 23 aprile; 2, 4, 9, 16, 18, 23 e 25 maggio 2011;
--- del verbale relativo alla seduta pubblica ("seconda seduta") del 1° luglio 2011, recante anche la dichiarazione di aggiudicazione provvisoria dell'affidamento;
- di ogni altro atto lesivo, antecedente e/o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati;
e per la dichiarazione di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato nelle more del giudizio;
nonché per la condanna al risarcimento del danno patito, sotto forma della rinnovazione totale ed integrale della procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rovereto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Marco Polo S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di PVB Solutions S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2012 il cons. Alma Chietтини e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza pubblicato, ai sensi dell'art. 120, comma 9, cod. proc. amm., in data 9 marzo 2012;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando datato 4 febbraio 2011 il Comune di Rovereto ha indetto una procedura aperta per l'appalto del servizio di gestione

degli impianti termici e tecnologici in genere, inclusa la fornitura di combustibile, inerenti del patrimonio immobiliare comunale attuale e futuro. L'importo complessivo a base di gara era stato determinato in 10.407.200,07 € e per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi in base ai seguenti parametri: 700 punti per l'offerta tecnica e 300 punti per l'offerta economica. La durata del contratto era prevista in nove anni decorrenti dalla data di consegna degli impianti.

2. Alla Stazione appaltante sono giunte cinque offerte, fra cui quella del Consorzio ricorrente, che ha dichiarato di concorrere per la propria associata Manutencoop Facility Management S.p.a., e quella della costituenda A.T.I. fra Marco Polo S.p.a., PVB Solutions S.p.a. e Trentina Calore S.r.l.

Nel verbale della seconda seduta di gara, di data 1 luglio 2011, si legge che, concluse le operazioni di gara, il Consorzio ricorrente - che si era collocato al primo posto della graduatoria concernente l'offerta tecnica (con 555,4000 punti) e al secondo posto di quella per l'offerta economica (con 240,5530 punti) - si è conclusivamente graduato al secondo posto con 795,9530 punti, a fronte dei 816,3727 punti ottenuti dall'A.T.I. controinteressata, risultata quindi aggiudicataria con 529,1000 punti per l'offerta tecnica e 287,2727 punti per quella economica.

Con decreto del 20 luglio 2011 è stata quindi disposta l'aggiudicazione definitiva all'associazione temporanea fra le imprese Marco Polo di Roma, PVB Solutions di Trento e Trentina Calore di Trento.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato il Consorzio CNS ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, oltre agli altri atti indicati in epigrafe, deducendo le seguenti censure in diritto:

I - “violazione e falsa applicazione dell’art. 84, comma 8, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento recepiti dall’art. 97 della Costituzione”; la commissione che ha valutato la parte tecnica delle offerte sarebbe stata composta illegittimamente perché:

--- non sarebbe stata previamente accertata la carenza in organico di adeguate professionalità così da giustificare la nomina di un componente esterno, ing. Oss Emer;

--- la scelta del componente esterno sarebbe stata effettuata senza la preventiva richiesta dell’elenco di candidati all’ordine professionale;

--- il componente esterno non risulterebbe iscritto all’ordine professionale da almeno dieci anni;

II - “violazione dell’art. 84, comma 4, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per errata composizione della commissione giudicatrice” e per gli stessi profili di cui al I motivo: l’ing. Oss Emer, componente esterno della commissione e energy manager per l’Amministrazione precedente avrebbe fornito consulenza per la redazione del capitolato speciale d’appalto e del documento per la valutazione dei rischi per la gara in oggetto; inoltre, anche altri due componenti della commissione tecnica, geom. Rigotti e geom. Trentini, dipendenti dell’Amministrazione comunale, avrebbero contribuito alla redazione degli atti di gara.

Il ricorrente ha, altresì, chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

4. Nei termini di legge si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale intimata. Essa ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione chiedendo, nel merito, la reiezione del ricorso in quanto infondato.

5. Si sono costituite in giudizio anche le imprese Marco Polo S.p.a. quale mandataria della costituenda A.T.I. e PVB Solutions S.p.a. in qualità di mandante della stessa A.T.I., entrambe per chiedere, argomentatamente, il rigetto del ricorso.

6. Con ordinanza n. 67, adottata nella camera di consiglio di data 8 settembre 2011, la domanda cautelare è stata respinta.

7. Il provvedimento cautelare è stato impugnato innanzi al Consiglio di Stato, Sezione V, la quale, con l'ordinanza n. 4250, depositata in data 28 settembre 2011, ha respinto l'appello.

8. Con memoria depositata in Segreteria del Tribunale in data 12 gennaio 2012 è stato versato in atti, a cura dell'Amministrazione interessata, il contratto per l'affidamento del servizio di cui alla gara di causa stipulato il 20 ottobre 2011.

9. In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno presentato memorie illustrative delle rispettive posizioni e di replica.

10. Alla pubblica udienza di data 8 marzo 2012 il ricorso è stato chiamato e trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame la Società Consorzio Nazionale Servizi ha

impugnato gli atti del procedimento di gara indicato in premessa, contestando unicamente la composizione della commissione che ha valutato la parte tecnica delle offerte.

2. Il ricorso è infondato.

Per questo motivo il Collegio prescinde:

- sia dall'analisi delle numerose eccezioni pregiudiziali di inammissibilità sollevate dall'Amministrazione comunale resistente;
- sia dall'esame dell'eccezione di carenza di interesse opposta dalla controinteressata società Marco Polo.

3a. Come già esposto nella parte in fatto:

- con il primo mezzo di ricorso è stata denunciata la violazione del comma 8 dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici per la presenza di un soggetto esterno all'Amministrazione nella commissione che ha valutato la parte tecnica delle offerte;
- il secondo motivo è invece dedicato alla denuncia della violazione del comma 4 dello stesso art. 84 del Codice dei contratti pubblici, sul regime delle incompatibilità per i commissari.

3b. Le denunciate violazioni - che possono essere esaminate congiuntamente - delle disposizioni sulla composizione della commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono del tutto eccentriche, atteso che l'organismo che ha operato nella gara in esame non si identifica con la commissione giudicatrice disciplinata dall'art. 84 del Codice dei contratti pubblici.

Il seggio di gara e la commissione per la valutazione della parte

tecnica delle offerte sono stati infatti nominati e composti ai sensi della L.p. 19.7.1990, n. 23, oltre che del D.P.G.P. 22.5.1991, n. 10-40/Leg., normativa espressamente richiamata nel paragrafo 2 – concernente la procedura e i criteri di aggiudicazione – del bando integrale di gara (cfr., doc. n. 6 in atti della ricorrente).

4a. In proposito, il Collegio ritiene utile richiamare il contesto sia normativo che giurisprudenziale di riferimento.

La Provincia autonoma di Trento gode di competenza legislativa esclusiva nella materia dei lavori pubblici di interesse provinciale [art. 8, primo comma, n. 17) dello Statuto speciale].

Invero, dopo la riforma del titolo V della Costituzione, e della conseguente nuova ripartizione delle competenze fra Stato e regioni, la Corte costituzionale ha affermato che i lavori pubblici “*non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono*” e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali. In altri termini, non è configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale. Il Giudice delle leggi ha anche puntualizzato che detto principio non vale soltanto per i contratti di appalto di lavori ma che è “*estensibile all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica*” (cfr., sentenze 23.11.2007, n. 401 e 17.12.2008, n. 411). A ciò consegue che occorre valutare il contenuto delle singole disposizioni

al fine di stabilire quale sia l'ambito materiale in cui trovano collocazione ma anche quale competenza il legislatore regionale /provinciale può, in concreto, esercitare.

Non è questa la sede per approfondire la portata del principio che definisce i lavori pubblici come un ambito di legislazione e non più come una materia autonoma di fronte al dato letterale dello Statuto che definisce detto settore come una materia di competenza esclusiva.

In ogni caso, nella successiva sentenza 12.2.2010, n. 45 - che ha esaminato le norme in materia di lavori pubblici della Provincia autonoma di Trento - la Corte costituzionale ha precisato che *“l'espressa previsione di una competenza propria nella materia in questione e l'ampiezza della stessa sono tali da comportare una maggiore autonomia delle Province autonome, così come delle Regioni a statuto speciale, rispetto a quella assicurata alle Regioni a statuto ordinario dal novellato titolo V”*. Esse, pertanto, sono pienamente legittimate a regolare quelle fasi procedurali che afferiscono alle materie di competenza propria, nonché gli oggetti della procedura rientranti anch'essi negli ambiti materiali di pertinenza provinciale esclusiva.

4b. Anche nella materia dell'organizzazione amministrativa la Provincia autonoma di Trento gode di competenza legislativa esclusiva [art. 8, primo comma, n. 1) dello Statuto speciale], dovendo rispettare solo la Costituzione ed i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come previsto dal comma 1 del novellato art. 117 della Costituzione che ha previsto limiti identici sia per l'attività legislativa esclusiva dello Stato che per quella

delle regioni. L'art. 10 della legge costituzionale 18.10.2001, n. 3, ha poi previsto la cosiddetta clausola di applicazione delle *“forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite”*, che integra l'ordinamento statutario con i contenuti più favorevoli e che impone dunque la rilettura dei limiti della competenza primaria (regionale e provinciale) rispetto a quanto già definito dallo Statuto speciale di autonomia.

5a. Il D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, all'art. 4 ha stabilito che *“le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del Codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato”* (comma 1) e che le regioni, *“nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione”* (materie di legislazione esclusiva dello Stato), non possano prevedere una disciplina diversa da quella del Codice dei contratti pubblici in relazione a svariate tematiche, nelle quali ha ricompreso *“le procedure di affidamento”*, ma dalle quali ha escluso *“i profili di organizzazione amministrativa”* (comma 3).

Il comma 4 dell'articolo 4 in esame ha poi stabilito che nelle materie di competenza normativa regionale, sia concorrente che esclusiva, le disposizioni del Codice si applicano ove *“non sia ancora in vigore la normativa di attuazione”* ma che *“perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione”*.

Infine l'ultimo comma dello stesso articolo 4 contiene poi la cosiddetta *“clausola di salvaguardia”*, ossia la disposizione che ribadisce

che spetta alla Provincia autonoma di Trento adeguare la propria legislazione secondo le disposizioni contenute nello Statuto e nelle relative norme di attuazione, in linea con quanto, in termini generali, dispone l'art. 2 del D.Lgs. 16 marzo 1992, n. 266, sui rapporti tra atti legislativi statali e leggi provinciali.

5b. Da ciò una prima conclusione: la composizione delle commissioni giudicatrici, così come la modalità di scelta dei loro componenti, attengono alla materia dell'“*organizzazione amministrativa*”.

6a. Su questo specifico punto la Corte costituzionale ha affermato che “*gli aspetti connessi alla composizione della commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte della imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara*”. Di conseguenza, essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi < 2, 3, 8 e 9 > dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza delle regioni ordinarie, non prevedevano che le individuate disposizioni avessero carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire (cfr., sentenze Corte Cost. 23.11.2007, n. 401; 12.2.2010, n. 45).

Inoltre, pronunciandosi sulla legittimità di un legge sui lavori pubblici di una regione ordinaria, laddove il Governo contestava la disciplina della commissione giudicatrice sul rilievo che non erano stati rispettati i principi e il regime delle incompatibilità espressi dai commi < 4, 5 e

6 > dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163 del 2006, il Giudice delle leggi ha nuovamente osservato di essersi già espresso sulla composizione e sulle modalità di nomina dei componenti della commissione giudicatrice incaricata di esprimersi nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di aver già affermato che *“gli aspetti connessi alla composizione della commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte della imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti”*.

In definitiva, rientrando la normativa regionale censurata (nella specie: l'art. 28 della l.r. Umbria 21.1.2010, n. 3) non nelle materie di cui all'art. 117, secondo comma, lettere e) [tutela della concorrenza] e l) [ordinamento civile] della Costituzione, bensì in un settore che appartiene alla competenza di tipo residuale della regione in materia di organizzazione amministrativa, la questione proposta è stata dichiarata non fondata (cfr., sentenza Corte Cost. 11.2.2011, n. 43).

6b. A ciò, in definitiva, consegue che tutti i profili attinenti la nomina, la composizione e la selezione dei componenti dei seggi di gara e delle commissioni tecniche, attenendo ad aspetti organizzativi e, più in generale, al potere di organizzazione amministrativa degli uffici, rientrano nella competenza normativa esclusiva della Provincia autonoma di Trento (cfr., T.R.G.A. Trento, 13.10.2011, n. 254, e, in termini, T.R.G.A. Bolzano, 22.4.2009, n. 153).

7a. Nella specie, la Provincia è legislativamente intervenuta con:

- la legge provinciale 19 settembre 1993, n. 26, concernente “Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti”, modificata dalla L.p. 24.7.2008, n. 10, e (dopo i rilievi della Corte costituzionale con la citata sentenza n. 45 del 2010) dalla L.p. 7.4.2011, n. 7;
- la legge provinciale 19 luglio 1990, n. 23, sulla “Disciplina dell'attività contrattuale e dell'amministrazione dei beni della Provincia autonoma di Trento”, sostanzialmente modificata dalle L.p. 24.10.2006, n. 8, e n. 9, che, in forza di quanto disposto dall'art. 2 bis, si applica anche all'attività contrattuale dei comuni, con la seguente specificazione: *“si intendono sostituiti agli organi e ai servizi provinciali quelli competenti secondo i rispettivi ordinamenti e fatte salve le norme speciali che li riguardano ... i comuni disciplinano con regolamento gli aspetti organizzativi della materia nel rispetto delle norme comunitarie e provinciali concernenti le procedure contrattuali?”*;
- il D.P.G.P. 22.5.1991, n. 10-40/Leg, regolamento di esecuzione della L.p. n. 23 del 1990, modificato dal D.P.P. 16.2.2006, n. 3-56/Leg.

7b. Orbene, siccome gli schemi organizzativi interni ai vari enti si riflettono sulla composizione della commissione di gara, la normativa provinciale richiamata prevede che l'organo aggiudicatore sia un seggio monocratico imperniato su un dirigente, con funzioni di presidente, che opera alla presenza di funzionari-testimoni e di un funzionario avente i compiti di ufficiale rogante. Il presidente, in

seduta aperta al pubblico, provvede all'apertura dei plichi pervenuti, alla verifica della regolarità della documentazione presentata, all'apertura delle buste contenenti le offerte e all'esame della regolarità delle stesse in relazione a quanto previsto dal bando di gara e, infine, *“ne dispone la trasmissione alla struttura provinciale/comunale competente”*. Questa, in relazione al peso percentuale o numerico attribuito nel capitolato d'oneri e nel bando di gara ai criteri di aggiudicazione, provvede alla comparazione degli elementi di ogni singola offerta, predisponendo una graduatoria che trasmette al presidente di gara, il quale dispone l'aggiudicazione del contratto al soggetto che ha presentato l'offerta giudicata più vantaggiosa, in un'apposita seduta nella quale l'ufficiale rogante redige il verbale di aggiudicazione (cfr., art. 9, comma 5, D.P.G.P. n. 10-40 del 1991 e artt. 19 e 18, comma 12 bis, della L.p. n. 23 del 1990).

8a. In conclusione:

- alla luce della competenza legislativa esclusiva della Provincia autonoma di Trento in materia di organizzazione amministrativa, e
- di quanto affermato dalla Corte costituzionale sulla non diretta applicazione alle regioni dell'art. 84 (e, più specificatamente per quanto qui di interesse, dei commi 4 e 8) del Codice dei contratti pubblici,

la riportata normativa provinciale rappresenta una disciplina organica e compiuta sul funzionamento del seggio di gara e dell'organismo amministrativo deputato a valutare la parte tecnica delle offerte.

8b. In applicazione di tale disciplina, si osserva che nella vicenda di

causa il presidente del seggio di gara, ing. Piccinni, dirigente del servizio lavori pubblici, con determinazione n. 753 del 2011 ha individuato le risorse interne della struttura comunale competente affidando loro, in forma collegiale, la valutazione della parte tecnica delle offerte pervenute. Fra dette risorse era compresa anche la figura dell'ing. Oss Emer che, per l'Amministrazione comunale, ricopriva il formale incarico di responsabile per la conservazione e l'uso razionale dell'energia, ai sensi dell'art. 19 della legge 9.1.1991, n. 10. Per tale figura, altamente specializzata, nessuna incompatibilità di funzioni risulta essere prevista nella citata legislazione provinciale.

9a. A tutto questo si deve anche aggiungere che la Società ricorrente non ha evidenziato alcuna effettiva alterazione del corretto svolgimento della procedura, né dall'esame della documentazione di gara emerge alcun indizio di una concreta violazione, da parte della Stazione appaltante, dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento (cfr., in termini, C.d.S., sez. III, 17.10.2011, n. 5547). Costituisce prova di ciò il fatto che l'offerta tecnica della ricorrente, esaminata dall'organismo amministrativo deputato, è risultata prima classificata.

9b. Le argomentazioni della ricorrente, imperniate unicamente sull'applicazione dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, si rivelano quindi del tutto inconferenti e, pertanto, i provvedimenti impugnati resistono alle dedotte censure. Il ricorso deve essere pertanto respinto, congiuntamente all'avanzata domanda di risarcimento del danno.

10. Le spese seguono la soccombenza e devono essere poste a carico della parte ricorrente nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 166 del 2011, lo respinge.

Condanna CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa a corrispondere a ciascuna delle parti costituite - Comune di Rovereto; Marco Polo S.p.a.; PVB Solutions S.p.a. - la somma di € 3.000,00 (tremila), (di cui € 2.500,00 per onorari ed € 500,00 per diritti), oltre a I.V.A., C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2012

IL SEGRETARIO

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