

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4888 del 2012, proposto da:

Cns Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi, Francesco Rizzo, Stefano Baccolini, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Comune di Rovereto, rappresentato e difeso dagli avv. Gianpaolo Manica, Pasquale Di Rienzo, Flavio Dalbosco, con domicilio eletto presso Pasquale Di Rienzo in Roma, viale G. Mazzini 11;

nei confronti di

Marco Polo Spa in proprio e quale mandataria ati, rappresentata e difesa dall'avv. Gioia Vaccari, con domicilio eletto presso Gioia Vaccari in Roma, viale Gioacchino Rossini, 18; Ati-Pvb Solutions Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Pietro Adami, Silvio Bozzi, con domicilio eletto presso Giorgio Recchia in Roma, corso Trieste 88; Ati-Trentina Calore Srl;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. DELLA PROVINCIA DI TRENTO n. 00094/2012, resa tra le parti, concernente risarcimento danno - affidamento servizio di gestione impianti termici e tecnologici e fornitura di combustibile inerenti il patrimonio immobiliare del Comune di Rovereto;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rovereto e di Marco Polo Spa in proprio e quale mandataria ati e di Ati-Pvb Solutions Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2013 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Di Rienzo, Colitti, per delega dell'Avvocato Vaccari, e Adami;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando datato 4 febbraio 2011 il Comune di Rovereto ha indetto una procedura aperta per l'appalto novennale del servizio di gestione degli impianti termici e tecnologici in genere, inclusa la fornitura di combustibile, pertinenti al proprio patrimonio immobiliare, con importo a base di gara di €. 10.407,200,07 e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sui seguenti parametri: 700 punti per l'offerta tecnica e 300 punti per l'offerta economica.

La gara, cui partecipavano cinque concorrenti, veniva aggiudicata con decreto 20 luglio 2011 all'a.t.i. tra la Marco Polo, PVB Solutions e Trentina Calore ed avverso tale determinazione insorgeva davanti al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento il secondo classificato Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa; questo ultimo, con due articolati motivi, si doleva della composizione illegittima della commissione giudicatrice delle offerte tecniche, in quanto non sarebbe stata accertata la carenza in organico di adeguate professionalità, tanto da giustificare la nomina di un componente esterno, l'ing. Luca Oss Emer, tale scelta sarebbe stata effettuata senza consultare l'ordine professionale, cui il componente sarebbe iscritto da meno di dieci anni. Inoltre lo stesso Oss Emer avrebbe fornito consulenza per gli atti di gara, così come altri due componenti interni, i geom. Rigotti e Trentini.

Le controparti si costituivano in giudizio, contestando le conclusioni del ricorso, il quale veniva respinto dal Tribunale trentino con sentenza n. 94 del 22 marzo 2012, la quale concludeva nel merito sull'applicazione della potestà legislativa primaria in materia della Provincia autonoma di Trento e quindi sulla disapplicazione in loco delle disposizioni di cui all'art. 84 D. Lgs. 163/2006, stante anche l'insegnamento della Corte Costituzionale.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 22 giugno 2012 il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa impugnava la sentenza in parola, contestandone le conclusioni e ribadendo le censure proposte in primo grado.

Si sono costituiti in giudizio l'a.t.i. aggiudicataria ed il Comune di Rovereto, sostenendo l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Si deve dapprima sgombrare il campo dall'eccezione pregiudiziale di tardività dell'appello sollevata dal Comune di Rovereto.

A detta delle difese comunali l'atto di appello sarebbe stato notificato oltre il termine dimidiato di tre mesi stabilito dall'art. 120 c.p.a., tenendo conto della data di deposito della sentenza impugnata, 22 marzo 2012.

L'eccezione è destituita di fondamento.

Risulta infatti dai fogli in calce che l'atto d'impugnazione è stato consegnato all'ufficio notifiche della Corte di Appello di Roma a cura dei patroni di parte il giorno 22 giugno 2012, quindi correttamente allo spirare dell'ultimo giorno corrispondente a quello in cui la sentenza è stata pubblicata secondo il cosiddetto termine lungo.

Altresì infondate sono le eccezioni di inammissibilità sollevate dalle difese comunali e da quelle della Marco Polo S.p.A..

In primo luogo la mancata informativa inviata alla stazione appaltante dei soggetti che intendono proporre ricorso non ha notoriamente conseguenze sull'ammissibilità delle impugnative, così come poi ammesso dalle stesse difese della P.A., ma può soltanto condurre il giudice ad una diversa valutazione dei danni da risarcire alla parte attrice oppure costituire un criterio per la liquidazione della condanna alle spese di giudizio.

In secondo luogo, non si possono introdurre questioni inerenti un'asserita carenza di interesse a ricorrere in dipendenza del fatto che il ricorso di primo grado - e quindi anche il successivo appello - siano mirati all'annullamento in radice della gara e alla sua rinnovazione: l'odierna appellante si è classificata seconda nella graduatoria e dunque non si può negarle la titolarità di un interesse ad un'eventuale ripetizione dell'intera procedura.

Ancora infondata è l'eccezione sollevata dalla Marco Polo S.p.A circa la mancata impugnazione del punto 8 del bando di gara, dal quale discendeva la necessità di nomina della commissione tecnica sindacata dal ricorso introduttivo.

In realtà il CNS ha comunque sindacato la composizione derivante dalla determinazione 5 aprile 2011 assunta dal Dirigente del Servizio lavori pubblici del Comune di Rovereto, determinazione che è stata correttamente impugnata di fronte al Tribunale di Giustizia Amministrativa di Trento.

Le restanti eccezioni così denominate sono in realtà controdeduzioni di merito e vanno affrontate con l'esame delle censure contenute nell'appello.

Nella prima parte di tale esame deve essere confermato quanto affermato dalla sentenza impugnata in relazione al primo motivo di ricorso, ossia l'asserita violazione dell'art. 84 comma 8 D. Lgs. 163/2006 circa il mancato accertamento della carenza in organico di adeguate professionalità al fine di giustificare la nomina del componente esterno, ing. Oss Emer, e le modalità della sua nomina, avvenuta senza preventiva richiesta all'ordine professionale di un elenco di candidati e l'assenza dell'anzianità di iscrizione allo stesso ordine da almeno 10 anni.

Il Collegio ritiene dirimente su questa parte di censure, la sentenza 23 novembre 2007 n. 401 della Corte Costituzionale, secondo la quale "gli aspetti connessi alla composizione della commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono (...) all'organizzazione amministrativa degli organismi sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti". Per cui la legislazione statale deve ritenersi recessiva nei confronti di una diversa - ove esistente - disciplina specifica di matrice regionale: quindi i commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84 D. Lgs. 163/2006 sono costituzionalmente illegittimi nella parte in cui, per i contratti inerenti i settori di competenza regionale, non prevedono il proprio carattere suppletivo rispetto alla divergente - ed esistente - normativa regionale.

Ora, non appare incontestabile che l'appalto in questione riguardi una prestazione mista di servizi - gestione impianti termici e tecnologici - e di fornitura - erogazione del combustibile necessario - per l'intero patrimonio immobiliare comunale di Rovereto.

Ed è vigente nella Provincia autonoma di Trento la legge provinciale 19 luglio 1990 n. 23 sulla "Disciplina dell'attività contrattuale e dell'amministrazione dei beni della Provincia autonoma di

Trento", modificata dalle leggi provinciali 24 ottobre 2006 nn. 8 e 9, la quale, con l'art. 2 bis stabilisce la propria applicazione all'attività contrattuale dei Comuni, fatta salva la sostituzione degli organi e dei servizi competenti rispetto a quelli provinciali.

Il relativo regolamento di attuazione della legge provinciale, emanato con decreto del Presidente della giunta provinciale 22 maggio 1991 n. 10-40 e successive modificazioni, ha previsto un tipo di commissione giudicatrice sostanzialmente monocratica formata da un presidente, sia pure con l'assistenza dell'ufficiale rogante e di testimoni, che in caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve disporre la trasmissione dell'offerta tecnica alla struttura competente: sarà questa, in relazione alle previsioni del bando di gara e del capitolato d'onori, ad effettuare la comparazione degli elementi di ogni singola offerta predisponendo apposita graduatoria da trasmettere al presidente di gara – art. 9 comma 5 regolamento di attuazione prima richiamato.

Da ciò discende la legittimità della commissione tecnica appositamente costituita ai sensi della legislazione provinciale, la quale lascia ampia discrezionalità sulle caratteristiche della "struttura", e la corretta disapplicazione nel presente ambito della disciplina di cui all'art. 84 comma 8 D. Lgs. 163/2006.

E' invece fondato il secondo motivo, recante la sostenuta violazione del comma 4 dell'art. 84 predetto, derivante dalla nomina all'interno della stessa commissione tecnica, dell'ing. Oss Emer e dei geom. Rigotti e Trentini, i quali avrebbero il primo fornito consulenza per la redazione del capitolato speciale di appalto e del documento per la valutazione dei rischi per la gara ed i secondi contribuito alla redazione degli atti di gara.

Vi è da osservare innanzitutto che l'art. 84 comma 4 D. Lgs. 163/2006 non è stato direttamente interessato da pronunce di illegittimità costituzionale, soprattutto quanto al fatto di indebite sottrazioni alle potestà legislative delle Regioni e delle Province autonome: la sentenza n. 43/2011 della Corte Costituzionale citata dalla sentenza impugnata ha semplicemente ribadito le competenze regionali in materia di organizzazione amministrativa degli organismi chiamati a giudicare le offerte nelle procedure di gara, ma nulla ha rilevato circa il principio discendente dal comma 4 in parola.

Per entrare nel vivo della questione, costante giurisprudenza ha rilevato che il dettato di cui al 4° comma dell'art. 84 D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 costituisce espressione di un criterio di carattere generale riguardante tutte le gare di appalto di lavori, servizio forniture, finalizzato a dare concreta attuazione ai principi di imparzialità e di buona amministrazione contenuti dall'art. 97 della Costituzione: la norma esprime la necessità di conciliare i principi di economicità, di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa con quelli di trasparenza, efficacia ed adeguatezza, oggettivizzando per quanto possibile la scelta dei componenti delle commissioni di cui è demandata l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinando il possibile distacco da elementi di eccessiva discrezionalità o di arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice che possano pregiudicarne proprio la trasparenza e l'imparzialità. Ancora, l'applicabilità dell'art. 84 ai contratti dei cosiddetti settori speciali ai sensi dell'art. 206 D. Lgs. 163/2006 ne determina la concreta portata generale (Cons. Stato, V, 25 luglio 2011 n. 4450; id., VI, 21 luglio 2011 n. 4438; id., VI, 29 dicembre 2010 n. 9577).

Appare evidente in conclusione, che il fondamento dell'art. 84 comma 4 del D. Lgs. 163/2006 ben possa portare alla classificazione della norma tra quei principi dell'ordinamento che devono essere rispettati dalla potestà legislativa primaria rimessa alle province autonome di Trento e Bolzano dall'art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 1948 n. 5 nel testo sostituito dall'art. 2 della legge costituzionale 10 novembre 1971 n. 1.

La fondatezza della censura sin qui riportata comporta l'accoglimento dell'appello con il conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado e l'annullamento della nomina della commissione tecnica e di tutta la procedura a decorrere da detto passaggio procedimentale e la conseguente inefficacia del contratto novennale stipulato in vista dell'obbligo di nuovo svolgimento della gara.

La specificità della questione la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per gli effetti in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado.

Spese compensate, fatta salva la restituzione del contributo unificato all'appellante da parte del Comune di Rovereto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/06/2013