

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 10180 del 1998, proposto dalla s.p.a. Daniele ***, rappresentata e difesa dagli avv. ti Marco Annoni, Mario Sanino e Giustino Ciampoli ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Roma, via Udine, n. 6,

contro

la Provincia di Milano, appellante incidentale, rappresentata e difesa dagli avv. ti Bassano Baroni ed Eugenio Merlino e presso lo studio del secondo elettivamente domiciliata in Roma, via Genovesi, n. 3,

e nei confronti

della s.p.a. ***, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Lucrezio Caro, n. 50,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia – sede di Milano, Sez. III, n. 1259/98, pubblicata in data 8 giugno 1998.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti sopra indicate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 14 dicembre 2004, il consigliere Giuseppe Farina ed uditi, altresì, gli avvocati Sanino, Merlino, Manzi, per delega Ferrari, e Clarizia, per delega di Annoni come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il ricorso n. 10180 del 1998 è proposto dalla s.p.a. Daniele ***. È stato notificato in data 10 – 16 novembre 1998 alla Provincia di Milano ed alla s.p.a. ***, anche in quanto “capogruppo” del raggruppamento temporaneo di imprese con la s.p.a. Petrolifera *** e la s.r.l. **. Il ricorso è stato depositato il 25 novembre 1998.

2. È impugnata la sentenza n. 1259/98 del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia – sede di Milano, Sez. III, nella parte in cui respinge cinque ricorsi proposti dalla stessa s.p.a. *** per annullamento di cinque determinazioni dirigenziali (dal n. 21 al n. 25) del 9 ottobre 1997, di aggiudicazione di appalti quinquennali di gestione degli impianti di riscaldamento in edifici di proprietà della Provincia.

3. L'appello è affidato a quattro motivi.

La Provincia si è costituita con deposito di appello incidentale, notificato alle parti costituite in primo grado. Essa lamenta l'ingiustizia della regolazione delle spese della causa di primo grado ed oppone l'infondatezza dell'appello.

La s.p.a. *** si è anch'essa costituita per resistere al ricorso in data 9 dicembre 1998.

Tutte le parti hanno prodotto memorie in vista dell'udienza di trattazione del merito del 14 dicembre 2004.

4. A quest'ultima data, dopo la chiamata per la discussione il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. La provincia di Milano ha bandito cinque gare per aggiudicare gli appalti per gestire gli impianti di riscaldamento nei suoi stabili nel quinquennio 1997 – 2002.

L'aggiudicazione è stata stabilita con il criterio del prezzo più basso, a norma dell'art. 19, lett. a), del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358.

2. In tutte le gare il maggior ribasso è stato offerto dalla associazione temporanea di imprese, costituita dalla società appellata e dalle altre indicate in epigrafe.

La società appellante si è classificata al secondo posto in tutte le gare e ne ha impugnato l'esito.

3. Il Tribunale amministrativo regionale della Lombardia ha respinto, con la sentenza impugnata, sia un separato ricorso di altra impresa – che qui non interessa – sia i cinque ricorsi proposti dall'impresa seconda classificata.

Si esamineranno, qui di seguito, le censure che muove alla sentenza ed ai provvedimenti di aggiudicazione la società seconda classificata ed appellante; nonché le considerazioni del primo giudice che lo hanno condotto a disattendere le tesi dei ricorsi introduttivi.

4. Con il primo motivo dell'appello, l'impresa ricorrente sostiene l'illegittimo frazionamento dell'appalto in cinque zone e corrispondenti gare. Fa rilevare che esse avevano un oggetto assolutamente identico, anche per la durata e pone, a sostegno della sua tesi di "infrazionabilità":

l'assenza di oggettivi presupposti di maggior vantaggio per l'amministrazione, ai quali l'art. 37 r.d. 23 maggio 1924, n. 827, àncora la facoltà di suddividere in lotti. Il frazionamento, invece, è potenzialmente idoneo a favorire soggetti di limitata capacità tecnico-economica;

la violazione dell'art. 4, comma 3, l. reg. Lombardia n. 14 del 1997, che fa divieto di scissione delle forniture, salva espressa motivazione sulla necessità di operare in tal senso;

la mancanza di motivazione sul punto;

la mancanza dei presupposti tecnici del frazionamento;

l'illogicità e contraddittorietà dei motivi esposti in giudizio dalla Provincia a giustificazione della scelta (migliori controlli, tipi degli edifici);

l'esigenza di evitare che la scelta costituisca strumento per eludere l'applicazione delle normative comunitarie in tema di appalti.

La censura non ha pregio.

4.1. È, innanzi tutto, infondato il presupposto implicito della critica in esame. Si tratta infatti della gestione del riscaldamento in oltre duecento edifici della Provincia dislocati, ovviamente, in luoghi anche consistentemente distanti fra di loro. Ne segue che si potrebbe egualmente discutere del fatto in senso opposto: vale a dire non del frazionamento del servizio, ma della disposta aggregazione di più servizi, da rendere in luoghi diversi e su edifici non necessariamente di identiche caratteristiche. Non vi è ragione, infatti, per non riconoscere che sarebbe stato altrettanto ragionevole indire una gara per ognuno degli edifici interessati.

Il fatto è che la regola della non sempre ammessa – non già vietata – suddivisione in lotti di un'opera o di una fornitura o di un servizio è, prima di tutto, da verificare alla luce della effettiva unitarietà della prestazione richiesta.

Nella specie, la disseminazione degli edifici che dovevano fruire del servizio di riscaldamento in tutto il territorio della Provincia è l'elemento che fa riconoscere che non si è trattato di una suddivisione in lotti, ma di un raggruppamento disposto, per intuitive ragioni organizzative, con riguardo alle zone da servire (il territorio provinciale è stato ripartito in quattro zone: la settentrionale, la meridionale, l'orientale e l'occidentale) e con riguardo ai tipi di edifici (quelli non scolastici, di numero consistentemente minore, e di tipo sicuramente diverso da quelli scolastici, sono stati oggetto di un quinto gruppo).

Ne segue che tutte le osservazioni circa le norme non osservate devono essere riconosciute prive di base, per difetto di una logica premessa (il frazionamento della fornitura) cui si ricollegano.

4.2. Esse sono, in ogni caso, anche infondate.

Infatti, già le considerazioni svolte danno conto della possibilità che si pone alle amministrazioni di valutare, su un piano di larga discrezionalità, la convenienza, l'opportunità, l'adeguatezza di soluzioni che, suddividendo una prestazione, consente di vederne migliori effetti per l'interesse pubblico. Da qui la intuibile ragionevolezza di una scelta dettata da criteri riguardanti la collocazione del servizio da prestare (come le quattro zone suindicate) o dal criterio della disomogeneità dei caratteri degli edifici fruitori del servizio o dei tempi nei quali (edifici scolastici e no) il servizio va erogato. Con ciò risulta sicuramente osservato l'art. 37 del r. d. n. 827 del 1924, richiamato dall'appellante.

Quanto all'art. 4 della legge regionale n. 14 del 19 maggio 1997, non occorre esaminarne il contenuto. Il suo art. 1, invero, stabilisce che si tratta di una legge che disciplina l'attività contrattuale della Regione e degli enti "da essa dipendenti". Ma la Provincia non può essere annoverata fra tali enti.

Quanto, infine, alla possibile elusione delle norme comunitarie, si tratta di censura inammissibile: il valore delle singole gare non le ha sicuramente sottratte alla disciplina specifica. Né è chiarito per quale altro profilo si sarebbe verificata l'elusione paventata.

5. Con il secondo motivo si sostiene che il bando imponeva a tutte le imprese, sia singole sia riunite, di effettuare un sopralluogo sugli impianti e richiedeva di unire alla documentazione un verbale della ricognizione fatta, rilasciato dall'ente appaltante. Nel caso di specie la visita è stata eseguita soltanto dalla capogruppo.

Il primo giudice ha negato fondamento alla censura, avendo rilevato: a) che il bando non dava puntuali indicazioni sull'adempimento in questione, anche da parte delle imprese associate; b) che la capogruppo aveva ricevuto il mandato, con potere di agire in nome e per conto delle società mandanti, da data anteriore al sopralluogo effettuato.

Le considerazioni del T.A.R. vanno condivise.

Le ulteriori osservazioni della parte ricorrente vanno disattese. In specie, esse sono: l'affermazione che la visita sullo stato degli impianti vale ad "evitare future contestazioni sullo stato degli impianti" ed a "consentire ... di acquisire una adeguata conoscenza della situazione esistente onde formulare un'offerta più consapevole e approfondita"; l'osservazione che l'art. 10 del d. lgs. 358 del 1992 (appalti pubblici di forniture) esige la sottoscrizione congiunta dell'offerta; il fatto che la capogruppo, durante la visita non aveva dichiarato di agire in nome e per conto delle altre imprese mandanti.

Tutte queste osservazioni si soffermano su elementi formali che non valgono a fornire alcuna garanzia maggiore – con riguardo alla scelta del migliore contraente, che va perseguita con le gare – all'amministrazione pubblica. Invero, il conferimento del mandato con procura comporta sicuramente il risultato che dichiarazioni ed attività dell'impresa mandataria sono riferibili anche alle imprese mandanti. In particolare, salvo quanto stabilito nel comma 2 dell'art. 10 del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358, circa la necessità di sottoscrizione dell'offerta congiunta da parte di tutte le imprese raggruppate, non v'è nessun'altra disposizione, nello stesso articolo – che è l'appropriata *sedes materiae* – che faccia applicazione di un qualche criterio, quanto ai rapporti con l'amministrazione, che esiga un'attività congiunta delle imprese associate.

Infine, l'assenza di specifiche disposizioni nella disciplina di gara ben può far concludere che le dichiarazioni negoziali, come quella di aver preso visione degli impianti (e perciò di avere valutato il tipo di prestazione che dovrà essere fornito), possono essere rese solo dall'impresa mandataria (in termini: V Sez. 5 febbraio 1993, n. 240, e la giurisprudenza ivi richiamata, nonché V Sez. 19 febbraio 2004, n. 684).

6. Il terzo ed il quarto motivo possono essere esaminati insieme. Vi si sostiene (terzo motivo) che alla capogruppo non poteva essere aggiudicata la gara per i primi due appalti, perché non possedeva i requisiti di capacità tecnico-economica corrispondenti all'entità del servizio che si era impegnata ad eseguire (40% in ambedue i contratti) e che non era possibile applicare, alla iscrizione, da essa posseduta, nella categoria 5 A1 dell'A.N.C., per 9 miliardi, l'aumento di un quinto. Invero, il richiamo a questa possibilità, fatto nel capitolato di gara, con rinvio agli artt. 22 e ss. Del d. lgs. 406/91, esige la disapplicazione di quest'ultimo "per radicale contrasto con le esplicite prescrizioni del bando", che invece ha richiamato la normativa in materia di fornitura.

Ma si aggiunge (quarto motivo) che, anche ad ammettere che si potesse applicare la normativa sui lavori, anziché quella sugli appalti di forniture e di servizi, non è condivisibile la tesi del primo giudice circa l'inapplicabilità dell'art. 8 del d.P.C.M. n. 55 del 1991 (sul possesso, con iscrizione all'albo nazionale costruttori, dei requisiti finanziari e tecnici pro quota nell'ambito delle associazioni di imprese, nelle gare per opere pubbliche). Tale norma è, infatti, in vigore, perché richiamata dall'art. 13 della l. 11 febbraio 1994, n. 109; inoltre, l'iscrizione all'A.N.C. "viene comunemente richiesta ai fini di dimostrare" i predetti requisiti; infine, la norma si riferisce esclusivamente ai requisiti che devono essere posseduti da tutte le imprese anche se raggruppate.

6.1. Le censure trascurano, prima di tutto, la circostanza, rilevante in ordine al possesso dei requisiti di capacità tecnica e-finanziaria, che il bando aveva originariamente disposto, come requisito di ammissione, l'iscrizione all'albo nazionale costruttori per la categoria "gestione e manutenzione di impianti termici" (5 A1) per "importo illimitato". Questa regola, poi, era stata modificata, con atto del

29 agosto 1997, con la precisazione che "per le associazioni temporanee di imprese tale requisito deve essere posseduto da almeno una di esse".

L'unico vincolo, perciò, in caso di raggruppamento, è quello dell'iscrizione, per importo illimitato, di almeno una impresa. A norma di bando, come ha esattamente messo in rilievo il primo giudice, non era affatto stabilita la regola della necessaria correlazione fra quota di prestazione assunta e limite di iscrizione A.N.C. per tutte le imprese associate.

6.2. È, invece, nel § 7.3 del capitolato speciale di appalto che è stato disposto: "in caso di partecipazione di associazioni temporanee di imprese si richiama la normativa di cui agli artt. 22 e segg. del d. lgs. n. 406/91...". E dunque, in tanto la tesi del possesso, in capo a ciascuna impresa associata, di una iscrizione A.N.C. corrispondente alla quota di prestazione assunta può essere affermata, in quanto si tiene conto del capitolato in questione. Appare, perciò, contraddittoria la tesi della società appellante, che chiede una inammissibile disapplicazione del capitolato nella parte in cui fa richiamo delle disposizioni del decreto legislativo n. 406 del 19 dicembre 1991. Invero, o il rinvio non è legittimo, e allora non è giustificato pretendere alcuna iscrizione in capo alle altre imprese associate, e perciò le censure dedotte non hanno fondamento, o il rinvio è legittimo, e allora vale anche la regola dell'art. 23 (successivamente abrogato), comma 5, del d. lgs. citato, secondo il quale l'aumento del 20% dell'importo della classifica ottenuta, ai fini dell'assunzione dei lavori, "si applica anche nel caso di imprese riunite, nei riguardi di ciascuna delle imprese partecipanti".

In questo caso, l'iscrizione per 9 miliardi di lire, aumentata del quinto, consente lavori per 10,8 miliardi, utile per ambedue le gare in discussione.

7. L'appello incidentale della Provincia riguarda esclusivamente la statuizione sulle spese del primo giudice.

Le spese sono state compensate in considerazione della complessità delle questioni trattate.

L'amministrazione pone in rilievo che neppure era venuto in evidenza il criterio della "novità" e definisce non logica la compensazione delle spese, quando, come nel caso in esame, le "complesse" questioni conseguono ad una artificiosa pluralità di argomenti in chiave essenzialmente defatigatoria.

La tesi non è meritevole di essere condivisa.

La statuizione sulle spese è, secondo ferma giurisprudenza, eminentemente discrezionale. Merita perciò di essere riformata unicamente quando appaia manifestamente illogica. Nella specie le osservazioni del primo giudice non hanno messo in rilievo alcuna intenzione defatigatoria della parte soccombente. Ciò è sufficiente per concludere che, anche per questa parte, la sentenza appellata deve essere confermata.

8. Non può, invece, derogarsi dal criterio della soccombenza, quanto alla regolazione delle spese di questo grado, data la riaffermata infondatezza dell'appello principale.

La liquidazione è fatta in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) respinge gli appelli.

Condanna l'appellante principale al pagamento, in favore delle parti resistenti, della somma di tremila euro per ciascuna.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 14 dicembre 2004, con l'intervento dei Signori:

Emidio Frascione Presidente

Rosalia Bellavia Consigliere

Giuseppe Farina rel. est. Consigliere

Marzio Branca Consigliere

Nicolina Pullano Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Giuseppe Farina

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10 maggio 2005

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

p. IL DIRIGENTE

f.to Luciana Franchini

N°. RIC. 10180/1998

SB