

E' DA RITENERE INAMMISSIBILE UNA CENSURA CHE SI FONDI SULLA SOLA NON REMUNERATIVITÀ DEL PREZZO POSTO A BASE D'ASTA.

Poiché esiste un noto orientamento giurisprudenziale secondo il quale non è più sostenibile l'esigenza della presentazione della domanda di partecipazione nell'ipotesi in cui le prescrizioni di un bando di gara comunitaria siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi, questa ipotesi (quella cioè in cui la formulazione letterale del bando è tale da non consentire in maniera assoluta e definitiva la partecipazione alla gara), è estensibile anche ad altre ipotesi e, in particolare, al caso in cui il soggetto interessato deduca che la formulazione del bando sia stata fatta in modo tale da rendere non remunerativa detta partecipazione.?

La risposta, ad avviso del Collegio dovrebbe essere negativa. L'ostacolo alla partecipazione alla gara deve avere natura obiettiva e non meramente soggettiva (o di mera opportunità). Invero, in un regime di libera concorrenza non sussiste alcun obbligo, da parte delle stazioni appaltanti, di porre a base d'asta un prezzo remunerativo o di inserire clausole (ovviamente non discriminatorie) che possano produrre un effetto di non remuneratività dell'opera prestata per il servizio o per il lavoro eseguito. È vero che precisi principi economici, oltre che ragioni di contabilità pubblica, imporrebbero alla Stazione appaltante di procedere, con esatti criteri di valutazione dei costi, alla determinazione del prezzo da porre a base d'asta, ma l'eventuale erroneità del risultato è vizio interno al procedimento di formazione della volontà del soggetto che indice la gara non sindacabile da terzi. Certo un errore nella determinazione della base d'asta fa correre il rischio di vedere andare deserta la gara o, peggio, di aggiudicare la gara stessa ad un soggetto che, nonostante il prezzo più basso, si dimostri successivamente, in sede di esecuzione, poco affidabile. Ma, in casi del genere, si verte in una ipotesi di responsabilità contabile che non incardina nel concorrente alcuna situazione tutelabile. Esso, invero ha solo l'onere di valutare se gli estremi della proposta (tale deve invero considerarsi il bando di gara) siano tali da rendere, per lui, conveniente la partecipazione alla gara, restando, in ogni caso, libero di non partecipare, qualora questa sua valutazione dia esito negativo.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2262 del 30 giugno 2008, inviata per la pubblicazione in data 24 settembre 2008, emessa dal Tar Lombardia, Milano

<Né, in proposito, può essere invocato il principio della massima partecipazione alle gare: tale principio può, infatti, valere in presenza di irregolarità dell'offerta non invalidanti l'offerta stessa, non certamente quando – come nella specie – viene in discussione la decisione dell'imprenditore di partecipare o meno alla gara

Né, in proposito, può essere invocato il principio della massima partecipazione alle gare: tale principio può, infatti, valere in presenza di irregolarità dell'offerta non invalidanti l'offerta stessa, non certamente quando – come nella specie – viene in discussione la decisione dell'imprenditore di partecipare o meno alla gara.

Proprio il principio della tutela della concorrenza (che sembra essere la principale preoccupazione della Corte di giustizia), impone di giungere ad una conclusione del genere.

La libera concorrenza deve, infatti, assicurare la possibilità di partecipare alle varie iniziative economiche poste in essere dai soggetti pubblici operanti in ambito comunitario, ma non può

certamente spingersi a costituire un obbligo dei formulare prezzi base tali da assicurare un guadagno in ogni caso. Un simile effetto deve, invece, discendere, dalla formulazione di una offerta basata su una corretta comparazione delle condizioni di partecipazione rispetto alle proprie capacità imprenditoriali.

Tali considerazioni impongono di ritenere inammissibile una censura che si fondi sulla sola non remuneratività del prezzo posto a base d'asta. >

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Milano

Prima Sezione

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2779 del 2007 proposto da ALFA S.p.A. e ALFA1 S.p.A. rappresentate e difese dall'Avv. Giuseppe Franco Ferrari ed selettivamente domiciliate presso il suo studio in Milano – Corso Vittorio Emanuele, II n. 15;

contro il MINISTERO DELLA GIUSTIZIA;

Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia;

Direzione Generale delle risorse materiali, dei beni e dei servizi del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia;

Provveditorato Regionale dell'Amministrazione penitenziaria per la Lombardia;

Seconda Casa Circondariale di Milano (Bollate);

costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato ed elettivamente domiciliati presso la stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

e nei confronti BETA IMPIANTI S.r.l., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della nota del Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per la Lombardia 26/09/2007 prot. n. 31863 (acquisita solo in sede di accesso agli atti, con cui si dispone l'indizione, ad opera degli Istituti Penitenziari ricompresi nella circoscrizione regionale, delle procedure di gara ai sensi del d.lgs. 12/04/2006, n. 163 per l'aggiudicazione del servizio di conduzione (e di manutenzione) delle centrali termiche sulla scorta della documentazione predisposta dal medesimo Provveditorato ed ivi acclusa (tra cui determina a contrarre, lettera di invito, capitolato speciale di appalto, tempistica) e dei relativi allegati (non noti ai ricorrenti, se non nei testi fatti propri dalla Seconda Casa Circondariale di Milano (Bollate), impugnati nella parte in cui non prevedono il quantum non ribassabile relativo agli oneri di sicurezza, rendono indeterminate le prestazioni oggetto dell'appalto aggiudicando, prevedono un prezzo non remunerativo a base di gara, onerano di prestazioni extra senza far chiarezza sulla spettanza o meno di un compenso aggiuntivo (v. doglianze meglio esplicate in diritto sulla illegittimità in entrambi i casi della lex specialis), nonché predeterminano la Commissione di gara prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e predeterminano la sequenza procedimentale di cui all'art. 11 d.lgs. n. 163/2006;

della determinazione della Seconda Casa Circondariale di Milano (Bollate) n. 1 del 1° ottobre 2007 (acquisita solo in sede di accesso agli atti) di indizione della procedura di gara ristretta per l'affidamento della gestione della centrale termica (riscaldamento, produzione acqua calda sanitaria e produzione vapore) e di approvazione della documentazione utile per l'espletamento della procedura di gara, appositamente recapitata all'istituto penitenziario dal Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per la Lombardia (contestata negli stessi termini sopra riferiti);

del bando di gara edito sulla GURI n. 118 del 10/10/2007 ;

della lettera di invito 12/11/2007, dello schema di contratto, della nota relativa all'inventario delle apparecchiature dell'impianto termico, delle specifiche tecniche, del capitolato speciale di appalto, della scheda di analisi prezzi e di tutti gli altri allegati alla lettera di invito contestati negli stessi termini sopra evidenziati (mancata predeterminazione dei costi per la sicurezza, incertezza delle prestazioni, ...);

del verbale di esperimento della gara ;

dell'atto di aggiudicazione provvisoria in favore della società BETA IMPIANTI S.r.l.;

dell'atto di nomina della Commissione di aggiudicazione nella composizione collegiale di cui è data evidenza nel succitato verbale di gara (oltre che nella nota 21/11/2007 sotto menzionata);

del provvedimento di aggiudicazione definitivo;

delle note del Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per la Lombardia 14/11/2007 (prot. n. 036976 e 037235 – di sostanziale identico contenuto, rispettivamente inoltrate ad ALFA e ALFA1 in riscontro delle doglianze rispettivamente sollevate con riguardo alla procedura ristretta indetta dai vari Istituti Penitenziari della Lombardia anche in relazione alla inidoneità del prezzo indicato a base di gara a remunerare i costi delle prestazione oggetto di appalto;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito il Pres. Avv. Piermaria Piacentini, relatore per l'udienza del 20/02/2008 e uditi altresì, così come da verbale, i difensori delle parti presenti;

Ritenuto in fatto ed in diritto:

FATTO

Con nota n. 31863 del 26 settembre 2007, il Provveditorato Regionale della Amministrazione Penitenziaria per la Lombardia, ha delegato le case di reclusione della regione all'avvio della procedura per l'affidamento della conduzione delle centrali termiche (con esclusione della fornitura combustibile oggetto di separata procedura), da esperirsi, con procedura ristretta e con ricorso al criterio di aggiudicazione del massimo ribasso sul prezzo posto a base d'asta (individuato dall'Ufficio Tecnico del Provveditorato per ogni singolo Istituto), secondo le procedure disciplinate dal d.lgs. n. 163 del 2006 per l'aggiudicazione di un contratto con durata dal 23 dicembre 2007 al 30 aprile 2009.

Per esigenze di uniformità, il Dipartimento ha allegato all'atto di delega una serie di modelli di atti di gara da completarsi a cura di ogni singolo istituto (determina a contrarre, Bando GUCE o GURI., estratto giornali, lettera di invito, ecc.) disponendo, altresì, che la fissazione dei termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, fosse allineata ai minimi previsti dal testo normativo citato (rispettivamente gg. 15 e gg. 10).

In data 28 settembre 2007, il Direttore della Seconda Casa Circondariale di Milano (Bollate), con determinazione n. 1, ha indetto la procedura di gara a licitazione privata con massimo ribasso su un prezzo a base d'asta fissato in 235.454,00 (sopra soglia).

Con lettera di invito, datata 5 novembre 2007, sono stati trasmessi alle imprese ammesse, fra le quali le odierne ricorrenti, gli allegati relativi alla documentazione di gara.

Con distinte lettere, entrambe datate 8 novembre 2007, le ricorrenti, ALFA1 S.r.l e ALFA S.p.A., hanno segnalato alla stazione appaltante alcune irregolarità ed anomalie riscontrate negli atti della serie procedimentale delineanti profili di illegittimità degli stessi cui, il Provveditorato, ha replicato con lettere, rispettivamente, 36976 e n. 37235 del 14 novembre 2007.

In data 26/11/2007, le operazioni di gara si sono concluse con aggiudicazione provvisoria all'attuale controinteressata.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la ALFA S.p.A. e la ALFA1 S.r.l., hanno impugnato gli atti in epigrafe specificati deducendo le seguenti censure:

I motivo: Incompetenza. Violazione degli artt. 7 d.P.R. 6/2/2001, n. 55, 12 d.lgs. 30/10/1992, n. 444 e 9 d.m. 22/01/2002. Violazione dell'art. 97 Cost. sia per quanto concerne il canone di buon andamento dell'amministrazione sia con riguardo al principio di legalità dettato in tema di organizzazione dei pubblici uffici e delle relative competenze. Violazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza di cui all'art. 2 d.lgs. 12/04/06, n. 163. contraddittorietà e irragionevolezza dell'azione amministrativa. Violazione degli artt. 28 e 29 d.lgs. 12/04/06, n. 163. Violazione dell'art. 50 r.d. 18/11/23, n. 2240.

II motivo: Irregolare nomina della Commissione di gara. Incompetenza. Violazione dell'art. 84, commi 4, 8 e 10, d.lgs. 12/04/06, n. 163:

III motivo: Violazione della lettera 6 della lettera di invito in tema di "Modalità di svolgimento della gara ed aggiudicazione del servizio" e dell'art. 31, rubricato "Seduta di gara" del capitolato speciale di appalto letto in combinato disposto con il successivo art. 32 "Presenza dei soggetti candidati" Violazione del canone di pubblicità relativo all'apertura dei plichi e della busta contenente la documentazione amministrativa. Violazione del combinato disposto di cui all'art. 2 d.lgs. 12/04/2006, n. 163 e 3 l. 07/08/90, n. 241. Violazione delle attribuzioni di spettanza della Commissione di gara:

IV motivo: Violazione dell'art. 86, comma 3-bis, d.lgs. 12/04/2006, n. 163:

V motivo: Incertezza e perplessità delle prestazioni richieste. Erronea presupposizione in fatto. Incongruità del prezzo a base di gara, per la sua inidoneità a remunerare i costi implicati dall'esecuzione dell'appalto. Violazione della regola di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Violazione della libertà di concorrenza.

VI motivo: Violazione degli artt. 86 e ss. d.lgs. 12/04/06, n. 163 sotto altri profili. Anomalia delle offerte dei concorrenti e, in particolare, dell'offerta della controinteressata insuscettibile di ritrarre alcuna giustificazione dalle condizioni particolari in cui potrebbe operare il singolo concorrente

VII motivo: Violazione del divieto di esecuzione anticipata dei contratti pubblici, specie in assenza di copertura di spesa e nel vigore dell'art. 11, comma 7, d.lgs. 12/04/06, n. 163. violazione della scansione temporale di cui al citato art. 11 d.lgs. N. 163, prevista come possibilità, dalla impugnata nota del Provveditorato, n. 31863.

Contestualmente, le parti ricorrenti, hanno avanzato domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati e, in via istruttoria:

- che venga ordinato all'amministrazione di esibire l'atto di nomina della Commissione di esame;
- che venga disposto l'esperimento di una CTU, o di una verifica ex art. 44 T.U. n. 1054/24, al fine di appurare che gli impianti a vapore della Seconda Casa di Reclusione di Milano sono ricompresi in quelli di cui all'art. 27 r.d. n. 824/27 per i quali è prescritta la continua presenza di personale qualificato;
- di appurare la consistenza degli impianti termici in dotazione alla Casa di reclusione resistente.

Con memoria del 19 dicembre 2007, ritualmente notificata, le ricorrenti, ritenendo sussistenti i presupposti di cui all'art. 21, comma 9 della L. n. 1034/71, hanno richiesto l'adozione della misura cautelare presidenziale, accolto in data 18 dicembre 2007.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio ex art. 22, L. n. 1034/71, ha chiesto che il ricorso venisse rigettato.

Nella Camera di consiglio del 9 gennaio 2008 la sospensiva veniva rinviata alla pubblica udienza del 20 febbraio 2008 per la trattazione del merito. In tale udienza la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo il ricorrente denuncia l'incompetenza del singolo Istituto penitenziario alla gestione della procedura di gara, che avrebbe dovuto essere unitaria per tutti gli Istituti interessati e ripartita per lotti, pena la violazione dei principi di opportunità ed economicità, e che non risulterebbe sanata dall'atto di delega del Provveditorato. In particolare l'eccepita incompetenza troverebbe i propri referenti normativi:

- nell'art. 7 d.P.R. 6/2/2001, n. 55, istitutivo del DAP che attribuisce al Provveditorato la gestione delle procedure contrattuali;

- nell'art. 12 d.lgs. 30 ottobre 2002, n. 444 che, fra le materie attribuite all'area amministrativo-contabile dei Provveditorati regionali, individua i contratti per il mantenimento dei detenuti internati e gestione dei relativi depositi cauzionali;

- nell'art. 9 d.m. 22 gennaio 2002 che individua i Provveditorati regionali quali organi decentrati del DAP con competenza nella organizzazione dei servizi, con conseguente riconoscimento al livello centrale (il DAP) della competenza in tema di procedure contrattuali;

- nell'art. 50, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, che, regolando gli adempimenti relativi alla prenotazione nelle scritture della ragioneria, degli impegni di spesa da parte degli uffici amministrativi, confermerebbe la competenza dell'organo centrale con conseguente inidoneità dell'atto di delega impugnato, a costituire una competenza derivata.

Il vizio di incompetenza sarebbe, inoltre, confermato dalle modalità di svolgimento della procedura impugnata avendo il Provveditorato predisposto dei moduli, identici per tutte le gare regionali, demandando ai singoli Istituti, il solo incumbente della compilazione delle parti in bianco.

La censura è infondata.

Va subito premesso che del tutto inconferente è il richiamo all'art. 12 d.lgs. 30 ottobre 2002, n. 444 che inserisce i contratti per il mantenimento dei detenuti internati fra le materie attribuite all'area amministrativo-contabile dei Provveditorati regionali, atteso che altro è il mantenimento dei detenuti, altro è l'affidamento della conduzione delle centrali termiche che riguarda il complesso materiale dell'Istituto di pena.

Invero la norma richiamata attribuisce ai provveditorati regionali alcune importanti funzioni di carattere generale ma non la gestione degli aspetti minuti del funzionamento degli istituti penitenziari. Precisamente sono collocati a livello regionale oltre la ricordata competenza sui contratti per il mantenimento dei detenuti (lett. d), anche il coordinamento e il controllo della manutenzione ordinaria e straordinaria dei fabbricati (lett. f). Da queste norme si può desumere che sono i singoli istituti penitenziari a curare in via diretta gli appalti per la gestione delle centrali termiche, in quanto attività assimilabile a quella manutentiva, mentre i provveditorati regionali intervengono per garantire il coordinamento e il controllo.

Inoltre non sussiste la violazione dell'art. 7 del Regolamento di organizzazione del Ministero della Giustizia, atteso che la norma citata, individua le sole competenze generali inerenti le aree funzionali del Dipartimento ex art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 300 del 1999, mentre per una corretta valutazione delle funzioni attribuite alle varie articolazioni dell'Amministrazione Penitenziaria, di deve fare riferimento al quadro normativo complessivo (L. n. 395 del 1990, d.lgs. n. 444 del 1992, d.lgs. n. 146 del 2000, d.m. 22 gennaio 2002) dal quale emerge che il Provveditorato è Ufficio di livello dirigenziale generale con competenze proprie negli affari di rilevanza circoscrizionale, nei limiti delle direttive e indirizzi dipartimentali, e responsabilità circa l'uniformità della azione della Amministrazione penitenziaria nel territorio di competenza.

La predisposizione di uno schema unico di gara rientra quindi nel più ampio concetto di direttive e indirizzi che compete al Dipartimento formulare.

Per quanto concerne poi la censura riferita al riconoscimento, dei singoli Istituti, quali stazioni appaltanti, fermo restando che la delega interorganica è istituto di carattere generale e che pertanto, anche sotto tale profilo, appare legittima l'attribuzione – per delega - al singolo istituto della gestione degli appalti di che trattasi, va ricordato che l'art. 2 del d.lgs. 21 maggio 2000 n. 146 individua gli istituti penitenziari come uffici di livello dirigenziale non generale, dotati di autonomia contabile, attribuendo in questo modo il rilievo formale necessario alla conduzione delle gare per gli affari di competenza. Nel caso in esame la struttura regionale attraverso la direttiva del 26 settembre 2007 ha operato una coerente applicazione di questo quadro normativo dando ai singoli istituti penitenziari i necessari impulsi a provvedere e fornendo attività di supporto e consulenza.

Per quanto riguarda infine la asserita violazione dei principi di opportunità ed economicità, conseguente al frazionamento della gara, va osservato che non sussiste, nel caso di specie, alcuna divisione di un unico oggetto in più tronconi privi di autonomia funzionale, in quanto i singoli Istituti di pena oltre ad essere organismi dotati di autonomia contabile, sono anche entità distinte, con proprie esigenze che giustificano l'attribuzione di una gestione autonoma del singolo contratto.

Infine, sotto il profilo oggettivo non risulta nemmeno violato il divieto di artificiosa separazione dell'oggetto dell'appalto (art. 28 e 29 comma 4 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163). [In proposito si osserva

che l'esecuzione delle gare per singolo istituto penitenziario non ha portato, almeno nel caso in esame, all'elusione della normativa comunitaria. L'importo base è, in effetti, superiore alla soglia di € 137.000 (IVA esclusa) stabilita dall'art. 28 comma 1 lett. a) del d.lgs. n. 163 del 2006 per i servizi e le forniture delle autorità governative centrali, e conseguentemente non vi è stato ricorso alla procedura in economia di cui agli art. 125 e 253 comma 22 del d.lgs. n. 163 del 2006]. La necessità di riunire tutti gli appalti degli istituti penitenziari in una unica gara non può essere dedotta neppure dalla natura delle prestazioni. Se è vero, infatti, che il servizio energia deve essere garantito in tutti gli istituti penitenziari sono però diverse le esigenze delle singole strutture (quantomeno in relazione alle caratteristiche tecniche delle rispettive centrali termiche e agli orari di erogazione del servizio). Esiste dunque il presupposto per differenziare il contenuto degli appalti e procedere con gare distinte.

2.- Con il secondo motivo si deduce che la designazione del Dirigente responsabile a presiedere la gara, prevista dal bando violerebbe la disposizione che prevede la nomina della Commissione solo dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Inoltre il verbale di gara, inoltre, farebbe riferimento ad un atto di nomina della Stazione appaltante, non conosciuto dai ricorrenti che violerebbe la *lex specialis* di gara, già di per sé illegittima. Ulteriore vizio consisterebbe nel fatto che la scelta dei componenti sarebbe ricaduta, inoltre, su funzionari chiamati, in virtù della loro collocazione nell'Ente, a svolgere un ruolo nella fase esecutiva del contratto.

Anche tale censura è infondata: l'indicazione del dirigente che dovrebbe presiedere la gara è avvenuta in maniera astratta con l'identificazione del funzionario che *ratione officii*, sarebbe competente a svolgere tale funzione. Diverso sarebbe stato se si fosse trattato di una indicazione nominativa, ma la semplice individuazione del funzionario competente con l'attribuzione, tra l'altro di una possibilità di delega, non costituisce violazione del principio secondo cui la Commissione deve essere nominata *ex post*.

La circostanza che in questo modo i concorrenti siano in grado di conoscere in anticipo la composizione della commissione è irrilevante. Inoltre la violazione dell'art. 84 comma 10 del d.lgs. n. 163 del 2006 può costituire vizio dell'intera procedura di gara solo qualora risulti violato anche il principio di indipendenza dei commissari previsto dall'art. 73 della Dir. n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, e quindi solo se dopo la chiusura del termine di presentazione delle domande e prima dell'inizio delle operazioni di gara il commissario incompatibile non sia prontamente sostituito. Del resto, nel caso in esame non sono fornite indicazioni che documentino la presenza in commissione di soggetti in conflitto di interessi.

3.- Col terzo motivo le ricorrenti deducono che, dagli atti di gara, non sarebbe dato evincere se, quando, come e chi abbia proceduto alle operazioni di verifica della integrità dei plichi e delle buste e provveduto alla apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa.

La lettera di invito stabilisce che l'apertura della busta A contenente i documenti amministrativi sia effettuata dalla commissione in seduta pubblica mentre l'esame dei suddetti documenti avvenga in forma riservata. Al termine di tale verifica ha luogo in seduta pubblica l'apertura della busta B contenente l'offerta economica. Questa procedura è sufficientemente trasparente, in quanto sottrae al pubblico soltanto le valutazioni dei commissari sui singoli documenti senza lasciare margini al rischio di manipolazioni della busta A. Il verbale del 15 novembre 2007 è estremamente sintetico ma questo fatto non prova automaticamente che la commissione abbia seguito una procedura diversa da quella stabilita. Al contrario il riferimento alle buste aperte in seduta pubblica previo controllo dell'integrità (oltretutto con richiamo alle "specifiche contenute nella lettera di invito") può essere riferito ai plichi unitariamente considerati, e quindi non solo alle buste B ma anche alle buste A. D'altra parte nel ricorso non sono state presentate censure di dettaglio riguardanti il sospetto di alterazione della documentazione amministrativa.

4. Il quarto motivo denuncia la violazione dell'art. 86, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, essendo stata omessa l'indicazione ex ante, da parte della Stazione appaltante, dei costi relativi alla sicurezza, oltre che la mancata previsione, da parte del bando, di un obbligo di loro quantificazione da parte dei ricorrenti.

La censura non appare condivisibile. Gli oneri per la sicurezza devono essere necessariamente indicati all'interno dei bandi di gara, con espressa esclusione dal ribasso d'asta, solo quando riguardano i piani di sicurezza (o documenti sostitutivi) collegati ad appalti di lavori pubblici (art. 131, comma 3 del d.lgs. 163 del 2006). Al di fuori di questa ipotesi i piani di sicurezza sono una componente dell'offerta che è collegata alla più ampia voce del costo del personale. Al riguardo l'art. 86 comma 3-bis del citato d.lgs. n. 163 impone alle amministrazioni aggiudicatrici di fissare il valore economico dell'appalto posto a base di gara in modo che sia "adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza". Se il costo per la sicurezza è stabilito direttamente negli atti di gara non è soggetto a ribasso (art. 86 comma 3-ter) in quanto rispetto a questa valutazione fatta nell'interesse dei lavoratori non è ammessa una diversa elaborazione economica finalizzata all'ottimizzazione dell'utile di impresa. Se invece il costo per la sicurezza non è individuato dall'amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro (come avviene in particolare quando non sia possibile stabilire a priori un modello omogeneo di misure per la sicurezza) è necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori.

5.- Per quanto concerne gli ulteriori motivi, il Collegio deve preliminarmente porsi il problema dell'interesse a ricorrere da parte delle società ricorrenti.

5.1- Come si evince dall'atto introduttivo, le stesse dichiarano di aver aderito al bando e di aver partecipato alla gara, sia pure con un'offerta espressamente definita "simbolica", formulando peraltro riserva di ricorso giurisdizionale.

In proposito si deve rilevare che la partecipazione alla gara veniva ritenuta di per se elemento indispensabile ad incardinare un interesse alla impugnazione degli atti di gara, in quanto la giurisprudenza amministrativa di primo e secondo grado era orientata nel senso che solo con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto l'impresa assume una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte presenti sul mercato, assumendo, solo in tal caso, la titolarità di un interesse legittimo giuridicamente tutelato, che la abilita a sindacare la legittimità del bando di gara alla quale ha dimostrato in concreto di voler partecipare (cfr. oltre ad Ad.Plen. 29 gennaio 2003 n. 1, V Sez. 4 aprile 2004 n. 2705 e 23 agosto 2004 n. 5572).

A tale prevalente impostazione si è contrapposto un indirizzo del tutto opposto del quale costituiscono significativa espressione per quanto riguarda il Consiglio di Stato in particolare il parere II Sez. 7 marzo 2001 n. 149, e le decisioni V Sez. 20 settembre 2001 n. 4970 (che peraltro riguardava il caso peculiare dell'aggiudicatario di gara annullata che ne impugni la riedizione senza parteciparvi, mirando in via principale proprio ad impedire lo svolgimento della seconda gara e ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto in virtù della prima procedura esperita dall'Amministrazione), VI Sez. 24 maggio 2004 n. 3386 e V Sez. 14 febbraio 2003 n. 794.

A sostegno di tale secondo indirizzo si è rilevato, da un lato, che qualora il ricorrente risulti leso in quanto la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione - a prescindere dalla mancata presentazione della domanda - posto che l'impugnante ha proprio interesse a impedire lo svolgimento della procedura selettiva (sez. V, n. 794 del 2003); dall'altro che in presenza di una clausola preclusiva la presentazione della domanda si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di estromissione, con un risultato analogo

a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica ulteriore (parere II Sez. n. 149 del 2001 cit.).

Nella stessa prospettiva - sia pure con riferimento a pubblico concorso - è stato del resto rilevato sul piano sistematico che la domanda di partecipazione formale non costituisce in realtà elemento che diversifica e qualifica la posizione di un soggetto rispetto a quella di tutti gli altri soggetti potenzialmente lesi e dei quali non è dato sapere se abbiano o meno un concreto interesse a partecipare alla procedura e che la legittimazione del ricorrente, in termini di qualificazione e differenziazione, più che al dato meramente formale dell'istanza di partecipazione, deve riconnettersi al possesso di tutti gli altri requisiti previsti dal bando (cfr. VI Sez. 20 ottobre 2003 n. 6429).

5.2.- Quest'ultimo orientamento della giurisprudenza italiana ha trovato una valida conferma nella decisione 12 febbraio 2004 in C7230/02 con cui la Corte di Giustizia C.E. ha rilevato che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato.

Infatti, secondo la Corte, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva n. 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.

Da tale arresto - del quale hanno preso atto tra l'altro V Sez. 11 novembre 2004 n. 7341 e VI Sez. (ord.za) 21 dicembre 2004 n. 6110, nonché IV Sez. 30 maggio 2005 nn. 2805, 2807, 2808, 2810 e 2811 - discende in generale che non è più sostenibile l'esigenza della presentazione della domanda di partecipazione nell'ipotesi in cui le prescrizioni di un bando di gara comunitaria siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi.

Nell'ambito del quadro giurisprudenziale sopra sinteticamente ricostruito, deve porsi peraltro il problema se l'ipotesi da ultimo ricordata (quella cioè in cui la formulazione letterale del bando è tale da non consentire in maniera assoluta e definitiva la partecipazione alla gara), sia estensibile anche ad altre ipotesi e, in particolare, al caso in cui il soggetto interessato deduca che la formulazione del bando sia stata fatta in modo tale da rendere non remunerativa detta partecipazione.

5.3.- La risposta, ad avviso del Collegio dovrebbe essere negativa.

L'ostacolo alla partecipazione alla gara deve avere natura obiettiva e non meramente soggettiva (o di mera opportunità).

Invero, in un regime di libera concorrenza non sussiste alcun obbligo, da parte delle stazioni appaltanti, di porre a base d'asta un prezzo remunerativo o di inserire clausole (ovviamente non discriminatorie) che possano produrre un effetto di non remuneratività dell'opera prestata per il servizio o per il lavoro eseguito.

È vero che precisi principi economici, oltre che ragioni di contabilità pubblica, imporrebbero alla Stazione appaltante di procedere, con esatti criteri di valutazione dei costi, alla determinazione del prezzo da porre a base d'asta, ma l'eventuale erroneità del risultato è vizio interno al procedimento di formazione della volontà del soggetto che indice la gara non sindacabile da terzi.

Certo un errore nella determinazione della base d'asta fa correre il rischio di vedere andare deserta la gara o, peggio, di aggiudicare la gara stessa ad un soggetto che, nonostante il prezzo più basso, si dimostri successivamente, in sede di esecuzione, poco affidabile.

Ma, in casi del genere, si verte in una ipotesi di responsabilità contabile che non incardina nel concorrente alcuna situazione tutelabile. Esso, invero ha solo l'onere di valutare se gli estremi della proposta (tale deve invero considerarsi il bando di gara) siano tali da rendere, per lui, conveniente la partecipazione alla gara, restando, in ogni caso, libero di non partecipare, qualora questa sua valutazione dia esito negativo.

Né, in proposito, può essere invocato il principio della massima partecipazione alle gare: tale principio può, infatti, valere in presenza di irregolarità dell'offerta non invalidanti l'offerta stessa, non certamente quando – come nella specie – viene in discussione la decisione dell'imprenditore di partecipare o meno alla gara.

Proprio il principio della tutela della concorrenza (che sembra essere la principale preoccupazione della Corte di giustizia), impone di giungere ad una conclusione del genere.

La libera concorrenza deve, infatti, assicurare la possibilità di partecipare alle varie iniziative economiche poste in essere dai soggetti pubblici operanti in ambito comunitario, ma non può certamente spingersi a costituire un obbligo dei formulare prezzi base tali da assicurare un guadagno in ogni caso. Un simile effetto deve, invece, discendere, dalla formulazione di una offerta basata su una corretta comparazione delle condizioni di partecipazione rispetto alle proprie capacità imprenditoriali.

Tali considerazioni impongono di ritenere inammissibile una censura che si fondi sulla sola non remuneratività del prezzo posto a base d'asta.

Le ricorrenti sostengono ancora che alcune obbligazioni del gestore del servizio sarebbero indeterminate (anche a causa di errori negli atti di gara) e altre dovrebbero essere remunerate a parte. Questi argomenti non sono condivisibili. Innanzitutto si osserva che gli atti di gara considerati nel loro insieme (specifiche tecniche, capitolato speciale, scheda di analisi dei prezzi) contengono sufficienti elementi di dettaglio idonei a precisare il contenuto delle prestazioni richieste dalla amministrazione aggiudicatrice. La lettera di invito inoltre consente e anzi raccomanda l'effettuazioni di sopralluoghi presso gli impianti, dai quali i concorrenti possono ricavare indicazioni più precise per valutare la convenienza della partecipazione alla gara. Per quanto riguarda poi il costo delle singole prestazioni occorre considerare che le diverse attività non vengono in rilievo in modo parcellizzato ma si inseriscono ordinatamente nella gestione della centrale termica, e dunque appare corretta la scelta di considerarne gli oneri in forma aggregata.

5.4.- In ogni caso, con il quinto motivo, in ricorrenti fanno discendere l'impossibilità di formulare una offerta remunerativa dalla incertezza derivante da alcune voci di costo quali:

- omessa considerazione dei costi implicati dal Terzo Responsabile, figura contemplata dalle specifiche tecniche ma senza alcuna indicazione circa il relativo impegno lavorativo (e del capo servizio incaricato di sorvegliare il personale addetto) che, contrariamente a quanto asserito dal Provveditorato nelle impugnate note del 14 novembre 2007, rappresenta una voce di costo ulteriore rispetto alle spese generali;
- omessa considerazione dei costi implicati dal servizio di pronto intervento non remunerato a parte;
- errato computo per difetto del monte ore del personale addetto agli impianti a vapore che deve essere impiegato in modo continuativo durante il loro funzionamento;

- omessa considerazione delle diversificate prestazioni implicate dalla manutenzione di cui consta pure l'appalto e del fabbisogno di personale all'uopo richiesto dal Capitolato (elettricista, terzo responsabile, manutenzione centrali idriche e antincendio);

- perplessità della legge di gara in merito al regime economico di alcune prestazioni pure richieste dalla legge di gara (CSA) laddove è invece obbligo dell'Amministrazione predeterminare le condizioni economiche di tutte le prestazioni dedotte in contratto, precetto violato dalla previsione dell'art. 54 del CSA, laddove sono previste senza ulteriore specificazione prestazioni straordinarie ed occasionali che precostituirebbero, ex ante, presupposti per una possibile indebita rinegoziazione delle condizioni di contratto;

- erroneo computo per altri aspetti dei costi implicati dall'appalto aggiudicando (polizza assicurativa obbligatoria con massimale non inferiore a € 2,5 milioni per responsabilità civile, oneri di registrazione contratto, cauzione, stima generica dei materiali necessari per la manutenzione).

A parte ogni considerazione sulla circostanza che le ricorrenti erano le titolari della gestione del servizio e che, pertanto dovevano essere bene a conoscenza delle condizioni in cui si sarebbe svolto il servizio stesso e delle prestazioni che lo stesso comportava, resta pur sempre il fatto che altre concorrenti non hanno incontrato alcuna difficoltà nel superare le incertezze denunciate, il che dimostra che queste ultime non sarebbero state obiettivamente e definitivamente preclusive alla formulazione di una offerta; che, quindi, l'incertezza era meramente soggettiva e, conseguentemente non giustificava in alcun modo, la presentazione di una offerta meramente simbolica.

La censura, oltre che inammissibile, è, peraltro anche infondata

In particolare la figura del terzo responsabile, pur avendo un profilo autonomo quale garante verso l'esterno della gestione in sicurezza dell'impianto termico (v. DGR n. 8/6033 del 5 dicembre 2007), costituisce dal punto di vista organizzativo uno dei diversi elementi individuati dal gestore per lo svolgimento del servizio. A maggior ragione mancano i presupposti per la remunerazione distinta degli addetti all'impianto termico, per l'attività di pronto intervento, per la manutenzione ordinaria e per la polizza assicurativa. Anche le prestazioni straordinarie, se effettivamente occasionali, possono costituire una legittima estensione dell'oggetto delle obbligazioni del gestore del servizio. Peraltro qualora l'intervento in situazioni di emergenza richieda al gestore l'impiego di mezzi sensibilmente onerosi non potrebbe essere escluso il rimborso delle spese in modo da mantenere invariato l'equilibrio del rapporto. Si tratta comunque di situazioni eccezionali, il che porta a escludere che il bando e gli atti di gara prefigurino un'inevitabile rinegoziazione dell'appalto.

5.5.- Con il sesto motivo le ricorrenti da una parte ribadiscono che i lamentati profili di illegittimità comporterebbero una sottostima del prezzo a base di gara ed un errato computo delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto, compromettendo l'individuazione delle esatte quantità delle prestazioni e delle risorse necessarie per la loro esecuzione, determinando un concreto rischio di presentazione di offerte anomale, stante la impossibilità di addivenire ad offerte serie ed idonee. A tali considerazioni aggiungono, non si comprende se come dimostrazione della tesi esposta, o come censura autonoma, altre considerazioni circa l'anomalia dell'offerta della controinteressata.

Al riguardo, ferma restando l'inammissibilità e l'infondatezza della prima parte della censura, come già dimostrato a proposito del quinto motivo, la censura va dichiarata comunque inammissibile per quanto concerne la parte diretta a dimostrare l'anomalia della offerta vincitrice.

Quand'anche la stessa risultasse fondata, l'eventuale accoglimento del motivo, condurrebbe all'annullamento della gara in parte qua, a partire cioè dalla valutazione delle offerte; ora, poiché le

ricorrenti hanno presentato una offerta simbolica è del tutto evidente che la ripetizione del procedimento non porterebbe loro alcun vantaggio.

Del resto, anche in questo caso, la censura risulta infondata. La situazione di anomalia è stata influenzata dal comportamento delle ricorrenti, le quali per loro stessa ammissione (pag. 5 del ricorso) hanno offerto ribassi meramente simbolici alterando in questo modo la base di calcolo e l'onere di giustificazione non deve essere reso più severo per effetto di comportamenti che mirano non al confronto concorrenziale ma alla ripetizione della gara con un diverso prezzo a base d'asta. Tenendo conto delle sole offerte effettive, che si collocano in un intervallo compreso tra il 16,51% e il 22,22%, la differenza da giustificare per la controinteressata non appare significativamente ampia. In ogni caso la controinteressata ha chiarito le condizioni in base alle quali ritiene di poter contenere i costi del lavoro (impiego di personale in diversi appalti nello stesso ambito territoriale; outsourcing delle figure di maggiore rilievo professionale; razionalizzazione organizzativa certificata da ISO 9001:2000); nel ricorso queste giustificazioni vengono definite non persuasive ma non sono contestate mediante censure specifiche.

6.- Altrettanto inammissibile, per le stesse ragioni appena esposte, è la censura proposta con il settimo motivo, con cui si denuncia la violazione del divieto di esecuzione anticipata dei contratti pubblici, specie in assenza di copertura di spesa e nel vigore dell'art. 11, comma 7, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Anche in questo caso la presentazione di una offerta simbolica rende inammissibile la censura che, in ogni caso appare infondata.

La circostanza che nella nota del Provveditorato Regionale del 26 settembre 2007 non si escluda la possibilità dell'esecuzione anticipata del contratto qualora la stipulazione non fosse tempestiva non costituisce violazione dell'art. 11 comma 7 del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. È vero che l'aggiudicazione definitiva non sostituisce la stipula del contratto, la quale oltretutto in base all'art. 11 comma 10 del d.lgs. n. 163 deve rispettare un intervallo di 30 giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione (standstill obligation di origine comunitaria per consentire la presentazione di eventuali ricorsi in una fase in cui le aspettative economiche sono ancora integre). Tuttavia l'esecuzione anticipata può risultare ammissibile in situazioni di emergenza, quantomeno se non derivanti da responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice, ed è espressamente prevista dall'art. 11, comma 12 del d.lgs. n. 163 del 2006.

7.- In conclusione vanno respinti i motivi di censura n. 1, 2, 3, e 4, mentre vanno dichiarati inammissibili i restanti motivi.

La complessità della questione consente di compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, I^a Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara in parte inammissibile e in parte lo respinge.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 20 febbraio 2008 con l'intervento dei magistrati:

Piermaria Piacentini Presidente – est.

Elena Quadri Primo Referendario

Hadrian Simonetti Referendario

SENTENZA DATA DI DEPOSITO

2262 30.6.2008