

N. 00107/2009 REG.SEN.

N. 00288/2008 REG.RIC.



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 288 del 2008, proposto da:
Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della
Provincia di Trento e Giovanazzi Marco, rappresentati e difesi dall'avv.
Mario Maccaferri con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, Via
Grazioli, n. 27

contro

Comune di Grigno, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avv.ti Daria e Roberta de Pretis con domicilio eletto presso il
loro studio in Trento, via SS. Trinità, n. 14

per l'annullamento

del bando di gara del Comune di Grigno n. 8252 del 7.10.2008 relativo
all'appalto del servizio di progettazione dei lavori di ristrutturazione delle
scuole elementari di Tezze.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26.3.2009 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'Ordine degli architetti di Trento, insieme ad un singolo professionista appartenente a tale Ordine, ha impugnato il bando di gara indetta dal Comune di Grigno per l'affidamento, con procedura aperta e con aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso, del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva e di coordinamento della sicurezza, in fase di progettazione, relativo alla ristrutturazione delle scuole elementari di Tezze. Forma oggetto di gara, ma con riserva di eventuale affidamento successivo, anche la direzione dei lavori, misure e contabilità, assistenza e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione del progetto.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

1) violazione degli artt. 81 e 82 del D.lgs. 12.4.2006, n.163 ed eccesso di potere sotto vari profili, nel rilievo che la scelta del criterio di aggiudicazione in base al prezzo più basso sarebbe immotivata, illogica ed inidonea a garantire la qualità della progettazione;

2) violazione dell'art. 82 del D.lgs. 163/2006 ed eccesso di potere sotto vari profili, essendo stato illegittimamente riservato a futura determinazione della stazione appaltante l'affidamento della direzione dei lavori, ivi compresi il coordinamento della sicurezza in fase esecutiva e la tenuta della contabilità, pur essendo stata prescritta la formulazione di un ribasso percentuale unico e comprensivo di tale eventuale prestazione. Anche la clausola di preventiva giustificazione delle offerte, comportanti rinuncia alle spese, sarebbe illogica ed impedirebbe la verifica della congruità dell'offerta;

3) eccesso di potere sotto vari profili, posto che sarebbe illegittima la preclusione alla partecipazione alla gara degli architetti, indotta dalla prescrizione che anche ciascuno di essi debba dimostrare di avere svolto, nel decennio antecedente, prestazioni afferenti il settore impiantistico, asseritamente proprie della sola categoria degli ingegneri.

L'intimato Comune di Grigno si è costituito in giudizio, controdeducendo puntualmente e concludendo per la reiezione del ricorso.

L'istanza cautelare, incidentalmente presentata dai ricorrenti, è stata parzialmente accolta da questo Tribunale, apparendo sorretta da fumus

boni iuris limitatamente alla clausola che riserva a future determinazioni della stazione appaltante l'affidamento, in fase esecutiva, della direzione dei lavori, della tenuta della relativa contabilità e del coordinamento della sicurezza, configurate come prestazioni opzionali per l'Amministrazione, ma da inserire obbligatoriamente nell'offerta.

DIRITTO

Formano oggetto del presente ricorso alcune clausole del bando di gara, indetta dal Comune di Grigno per l'affidamento, con procedura aperta e con aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso, del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva e di coordinamento della sicurezza, in fase di progettazione, relativo alla ristrutturazione delle scuole elementari di Tezze.

Passando all'esame, nell'ordine, dei singoli motivi dedotti, il Collegio ritiene che il primo motivo di ricorso, con cui si censura il criterio di aggiudicazione in base al prezzo più basso, sia infondato.

Invero, l'elemento qualitativo della progettazione definitiva ed esecutiva, oggetto di gara, non appare così rilevante - diversamente da quanto assumono i deducenti - in quanto il progetto preliminare predisposto dal Comune appare obiettivamente assai dettagliato; in definitiva l'incarico da svolgere consiste nella semplice ristrutturazione di un edificio scolastico esistente, in ordine alla cui progettazione non si ravvedono particolari difficoltà sul piano tecnico, né emerge l'interesse dell'Amministrazione a valutare soluzioni differenziate o innovative. Conseguentemente, il criterio del prezzo più basso (non vietato dal D.lgs. 163/2006, nemmeno per gli appalti di progettazione) appare nella specie congruo, per prestazioni utilmente standardizzate ed interscambiabili, e non incorre nella censura dedotta dalla parte ricorrente.

Il secondo motivo è invece fondato, nella parte in cui denuncia l'illegittimità della clausola del bando che riserva a future determinazioni della stazione appaltante l'affidamento, in fase esecutiva, della direzione dei lavori, della tenuta della relativa contabilità e del coordinamento della sicurezza, configurate come prestazioni opzionali per l'Amministrazione, ma da inserire obbligatoriamente nell'offerta.

Invero, tale elemento di incertezza ed aleatorietà dell'offerta, indotto precipuamente dal fatto che era stato singolarmente richiesto ai partecipanti d'indicare un ribasso percentuale unico, preclude la formulazione di un'offerta consapevole con potenziale incisione della sua stessa affidabilità e con possibili effetti distorsivi della concorrenza tra i partecipanti. Come ammette la stessa difesa comunale la clausola obbliga i partecipanti a modulare la loro offerta in modo che il ribasso (unico) sia in grado di garantire, allo stesso tempo, la remuneratività delle prestazioni

certe e di quelle incerte, il che altro non significa che le imprese dovranno ponderare l'alea della mera eventualità di talune prestazioni, con la conseguenza che l'incidenza del ribasso praticabile per quelle incerte potrebbe essere ridotta rispetto a quelle certe.

Ma la necessità di una siffatta ponderazione, cui i partecipanti non potranno sottrarsi in dipendenza del prescritto ribasso unico, rivela tutto il carattere erratico ed ambiguo della relativa clausola, reso manifesto dal fatto che l'esigenza del Comune di conoscere anticipatamente l'onere finanziario di prestazioni che non si è ancora deciso se affidare o meno con l'indetta gara pregiudica, tuttavia i principi di concorrenza e di trasparenza, che debbono presidiare il suo svolgimento.

Sotto questo peculiare aspetto non pare, infatti, che sia stato meditatamente considerato che, in esito alla ridetta, inevitabile ponderazione del rischio inerente a prestazioni per così dire mobili, ben potrebbero i concorrenti, nella formulazione delle rispettive offerte: a) ritenere la prestazione incerta come tout court esigibile ed impegnativa, formulando conseguentemente un ribasso unico, che consenta il recupero dei corrispettivi non adeguatamente remunerativi su altri che lo siano maggiormente, sicché dalla media dei relativi prezzi e delle previste quantità possa scaturire un profitto prevedibile in anticipo; b) presentare all'opposto un ribasso non sufficientemente remunerativo per la prestazione incerta, peraltro non scevro dal rischio che la prestazione sia richiesta, e che la sua esecuzione sfavorevolmente incida sulla globale redditività dell'incarico .

Dal che emerge dunque paradossalmente che, al caro prezzo rappresentato da una prestazione meramente opzionale di cui sia conosciuto in anticipo il corrispettivo, il Comune potrebbe trovarsi di fronte, nel caso sub b, ad offerte anomale non facilmente riscontrabili, che sarebbero soltanto casualmente più convenienti rispetto a quelle dell'ipotesi sub a. Altrettanto dubbio sarebbe l'esito della gara, ove le offerte sub a, governate dal parametro del minor rischio in ordine al detto affidamento prevalessero su ogni altra offerta, peraltro con un onere finanziario a carico del Comune assai maggiore, se per qualsivoglia successiva ragione la prevista opzione dovesse restare negletta. In altri termini neppure la scelta effettuata dal Comune sarà priva di un elevato rischio, integrato dal fatto che potrebbe essere assai meno conveniente sul piano economico una prestazione parziale, mentre, nell'alternativa che essa inglobi anche quelle suscettibili di mera conferma in sede di gara le offerte potrebbero essere soverchiamente ridotte, incidendo quindi sulle prestazioni, che diverrebbero inaffidabili e in ogni caso di non agevole controllo in sede di riscontro della loro anomalia; il corollario che ne consegue è dunque un risultato opposto al proposito perseguito dal Comune con la prefissione della vista clausola con concorrente violazione, peraltro, del principio di trasparenza della gara e con effetto

distorsivo ascrivibile esclusivamente alla necessità di assoggettare diverse e non omogenee prestazioni alla stessa percentuale di ribasso.

Più congrua dunque e più rispondente del resto all'interesse perseguito dalla stazione appaltante sarebbe stata la scelta di applicare l'art. 91, comma 6 del D.lgs. 163/2006 e dunque della possibilità di affidamento diretto della direzione dei lavori, solo se prevista dal bando di gara; in tal caso, tuttavia le due prestazioni avrebbero dovuto restare separate quanto alla formulazione del ribasso sulla base d'asta, sì da consentire, alle imprese partecipanti di presentare percentuali in riduzione proporzionalmente calibrate alle prestazioni stesse. In tal caso il meccanismo di verifica dell'anomalia avrebbe posto al riparo il Comune dal prospettato rischio che un eccessivo ribasso sulla prestazione eventuale incidesse incongruamente ed illogicamente sull'esito della gara.

E' invece infondata la censura rivolta contro la clausola del bando che prescrive una preventiva giustificazione delle offerte comportanti rinuncia alle spese.

La parte ricorrente obietta al riguardo che la rinuncia alle spese che - secondo la *lex specialis* - non influirebbe sull'anomalia dell'offerta, si risolverebbe, in sostanza, nella erosione del corrispettivo percepito dal professionista a titolo di onorario e nella concorrente impossibilità di verificare l'anomalia delle offerte.

Tale ordine d'idee non può essere, tuttavia, condiviso, atteso che la controversa clausola del bando non implica affatto una rinuncia dell'Amministrazione ad esercitare il penetrante potere di verifica dell'anomalia delle offerte, ove se ne configurassero gli estremi, mentre, per converso, non si può fondatamente assumere che il ribasso che comporta la rinuncia al rimborso spese implichi, in ogni caso, che l'offerta non sia remunerativa e, quindi, *ex se* anomala.

Infine, col terzo motivo di ricorso, è stata dedotta l'illegittimità della clausola di gara che prescrive quale requisito soggettivo quello di avere svolto, nel decennio antecedente, prestazioni afferenti il settore impiantistico, asseritamente proprie della sola categoria degli ingegneri.

Anche questa censura è infondata.

Anzitutto, il detto requisito non è illogico né incongruo, visto che nell'oggetto della progettazione sono ricomprese opere impiantistiche, ma esso, comunque, non preclude la partecipazione alla gara degli architetti in quanto, secondo precedenti giurisprudenziali che il Collegio condivide (cfr. Cass. civ., II, 29.3.2000, n. 3814; Tar Basilicata, 3.4.2006, n. 161; Tar Valle d'Aosta 20.7.2000, n. 141), rientra nell'attribuzione professionale dell'architetto la progettazione di tutti gli impianti affini o connessi con i

progetti di opere di edilizia civile, dovendo essergli riconosciuta la stessa competenza dell'ingegnere, avendo l'art. 52 del R.D. 23.10.1925, n. 2537 totalmente equiparato le due professioni per le materie ivi previste.

In conclusione, il ricorso va accolto parzialmente, nei termini che precedono.

Le spese del giudizio vanno compensate, stante la reciproca soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, limitatamente alla clausola di ribasso unico anche per l'opzionale affidamento della direzione lavori.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 26.3.2009 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2009

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

IL SEGRETARIO