

REPUBBLICA ITALIANA

N. 2765/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 7457 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2005

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 7457 del 2005, proposto dalla
S.r.l. SAIE, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato,
con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del
Mascherino, n. 72;

CONTRO

il comune di Bergamo, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Vito Gritti dell'Avvocatura
comunale e dall'avv. Gabriele Pafundi, con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

E NEI CONFRONTI DI

Euroservizi s.r.l., non costituitasi in giudizio;

PER LA RIFORMA

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della
Lombardia, Brescia n. 831 del 26 agosto 2005, che ha respinto il
ricorso della SAIE avverso: il verbale di gara del 29 luglio 2004,
con il quale è stata disposta l'aggiudicazione alla
controinteressata dell'appalto triennale per la manutenzione
ordinaria dei cimiteri cittadini; il bando di gara del 1 luglio 2004,
nella parte in cui qualificando l'appalto come di servizi anziché
di lavori non richiede ai concorrenti l'attestazione SOA di

qualificazione alle categorie OG1 (*edifici civili e industriali*) e OS1 (*lavori in terra*) rispettivamente per la IV e la III classifica; della determinazione dirigenziale del 14 maggio – 10 giugno 2004, con la quale sono stati approvati il bando e il capitolato speciale; il contratto di appalto stipulato tra il Comune e la controinteressata

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Bergamo;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese, i documenti agli atti di causa e le memorie presentate prima dell'udienza;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 17 ottobre 2006, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì, l'avvocato Zoppolato e l'avvocato Pafundi, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. La società SAIE ha partecipato alla gara indetta dal comune di Bergamo per l'appalto triennale della manutenzione ordinaria dei cimiteri cittadini con la procedura dell'asta pubblica con il criterio delle offerte segrete in ribasso ai sensi dell'art. 23 comma 1 *lett. a)* del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157. Nel bando di gara era precisato che l'appalto ricade nella categoria 27 (*altri servizi*) dell'allegato 2 al D.Lgs. n. 157/1995, con la conseguenza che di tale decreto sono applicabili soltanto l'art. 8 comma 3, l'art. 20, l'art. 21 e gli altri articoli richiamati nel bando. Il punto 5 del

bando prevedeva l'applicazione dall'art. 25 del D.Lgs. 157/1995 nel caso di offerte ritenute anomale dal presidente della gara.

2. All'esito delle operazioni di gara svoltesi il 29 luglio 2004, è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria la controinteressata Euroservizi s.r.l., con un ribasso del 23,20% mentre la ricorrente SAIE si è qualificata seconda con un ribasso del 15,18%. Il presidente della gara non ha ritenuto di avvalersi della procedura di verifica dell'anomalia. Con disposizione dirigenziale del 2 agosto 2004 è stato dato inizio all'esecuzione dell'appalto prima della sottoscrizione del contratto.

3. Gli atti di gara sono stati impugnati dalla SAIE al Tar della Lombardia con ricorso n. 1418/2004 per (1) violazione degli art. 2 e 8 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e dell'art. 1 commi 2 e 3 del DPR 25 gennaio 2004, in quanto il bando non impone ai concorrenti il possesso dell'attestazione SOA per i lavori di scavo e di apertura dei loculi, nonostante il loro carattere prevalente nell'appalto e per (2) violazione dell'art. 25 comma 3 del D.Lgs. 157/1995, in quanto non era stata attivata la verifica dell'anomalia sull'offerta della controinteressata. Nel giudizio di primo grado si è costituito il Comune, chiedendo la reiezione del ricorso ed eccependone la tardività per mancata tempestiva impugnazione del bando.

4. Entrambi i motivi del ricorso sono stati respinti dalla sentenza in epigrafe, sull'assunto che l'individuazione della disciplina della gara in base alla prestazione economicamente più rilevante

è stata disattesa dalla legge n. 62/2005, applicabile anche alla gara antecedenti la sua emanazione perché le norme innovate, ad essa previgenti, avrebbero dovuto comunque essere disapplicate per contrasto con il diritto comunitario, reso evidente dalla procedura di infrazione n. 2001/2182 e dalla circolare ministeriale del 18 dicembre 2003. Nella gestione cimiteriale, le attività di scavo rispondono ad interessi generale a carattere non industriale o commerciale e caratterizzano l'appalto anche quando costituiscano solo una parte relativamente poco rilevante delle attività dell'impresa. Realizza perciò l'interesse dell'amministrazione non tanto l'esperienza dell'appaltatore nello svolgimento dei lavori delle categorie OS1 e OG1 ma la sua capacità di gestire complessivamente i servizi cimiteriali dimostrata dall'aggiudicataria con le dichiarazioni relative a servizi analoghi svolti nell'ultimo triennio (come richiesto dal bando) e una certificazione di qualità UNI EN ISO 9001.2000 relativa all'erogazione di servizi cimiteriali. E' stata poi respinta la seconda censura di omessa verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria l'inapplicabilità all'appalto delle norme relative e discrezionalità attribuita al presidente della gara di attivare la procedura di verifica.

5. Nell'appello la società SAIE ribadisce nei confronti della sentenza gli stessi motivi d'illegittimità del primo grado, di prevalenza dei lavori di scavo sui servizi in senso proprio che comporta la riconducibilità dell'appalto alla categoria di lavori di

manutenzione di opere e impianti ex art. 2, co. 1, l. n. 109/1994. In quanto funzionali al servizio cimiteriale, le opere di escavazione e formazione di nuovi campi dovevano essere ricondotte alla categoria OS1 dell'allegato "A" al DPR n. 34/2000 e le attività di realizzazione e modifica degli interventi cimiteriali andavano riportate alla categoria OG1 del medesimo allegato. Erroneamente la sentenza impugnata non avrebbe considerato che la prestazione funzionale prevalente consisteva nell'opera e non nel servizio. L'appellante ribadisce inoltre la fondatezza del secondo motivo che la sentenza avrebbe ingiustamente disatteso, avallando l'azione dell'Amministrazione che non ha sottoposto a verifica di anomalia l'offerta dell'aggiudicataria nonostante il ribasso particolarmente elevato del 23,20% dell'offerta.

6. L'appello è privo di fondamento e la sentenza impugnata è integralmente condivisa dal Collegio.

7. Il primo giudice ha correttamente ricostruito la questione interpretativa dell'art. 2 comma 1 della legge 109/1994 e dell'art. 3 comma 3 del D.Lgs. 157/1995, che, in tema di appalti misti di lavori e servizi (cfr. punti da 2.2 a 2.4 della sentenza in esame), discriminava fra l'applicazione delle rispettive norme in base al criterio meccanico della prevalenza aritmetica del rilievo economico superiore alla metà delle attività oggetto della gara. Dal conflitto del criterio della prestazione economicamente più rilevante con quello dell'individuazione in base all'oggetto

principale del contratto, proprio del diritto comunitario (desunto dal considerando n. 16 della direttiva 18 giugno 1992 n. 50/CEE) era scaturito l'avvio della procedura di infrazione n. 2001/2182 da parte della Commissione europea, sull'assunto che il criterio della normativa nazionale sottraeva un rilevante numero di appalti alla disciplina delle direttive comunitarie. Ancora correttamente la sentenza ricorda che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti aveva invitato (circolare n. B1/2316 del 18 dicembre 2003) tutte le amministrazioni aggiudicatrici a qualificare gli appalti tenendo conto della prevalenza delle prestazioni sotto più profili e che il "considerando" n. 10 della direttiva 31 marzo 2004 n. 18/CE aveva delimitato l'appalto pubblico di lavori alla sola specifica esecuzione di opere (attività di cui all'allegato I). Dopo la direttiva n. 2004/18/CE, nella quale la presenza di un appalto di servizi è individuata dall'art. 1 par. 2 lett. d) del carattere dei lavori, previsti solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto, l'art. 24 della legge 18 aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria per l'anno 2004) aveva modificato l'art. 2 comma 1 della legge 109/1994, escludendone l'applicazione per i lavori di carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto anche se di rilievo superiore al 50% del valore complessivo. La corrispondente modifica è stata inserita nell'art. 3 comma 3 del D.Lgs. 157/1995 per definire l'estensione della disciplina sui servizi pubblici.

7.1. Sul presupposto delle considerazioni suesposte il primo giudice aveva concluso: - che legge n. 62/2005 doveva essere applicata anche agli appalti anteriori alla sua entrata in vigore (o successivi alla procedura d'infrazione n. 2001/2182 avviata il 15 ottobre 2003 e alla circolare ministeriale 18 dicembre 2003), perché solo formalmente innovativa. Le antecedenti norme nazionali sarebbero dovute comunque essere disapplicate per contrasto con il diritto comunitario reso evidente dalla procedura d'infrazione e dalla circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; - che negli appalti misti di servizi, la qualificazione in base all'attestazione SOA, richiesta ai sensi dell'art. 8, co. 11 *septies*, l. n. 109/1994, rappresenta un elemento di rigidità del sistema in quanto isola la componente lavori rispetto alle altre prestazioni limitando la concorrenza a vantaggio delle imprese che possiedono l'attestazione; - che l'obbligo non è vincolante nelle lavorazioni indissolubilmente collegate allo svolgimento di un servizio, la cui prevalenza sia tale da desumere ragionevolmente che il possesso dell'attestazione non costituisca garanzia della corretta esecuzione dell'appalto; - che nella gestione dei cimiteri l'attività di scavo e di realizzazione o rifacimento dei manufatti risponde a bisogni d'interesse generale di carattere non industriale o commerciale, dato il coinvolgimento particolarmente significativo dell'amministrazione; - che l'interesse dell'amministrazione comporti la verifica della qualificazione

sulla scorta della capacità dell'appaltatore di gestire i servizi cimiteriali nel loro insieme e non dell'esperienza maturata nei lavori nella categorie OS1 e OG1.

8. Le suddette conclusioni trovano conferma nell'art. 14 commi 3 e 4 , D.Lgs. n. 163/2006 che disciplina i contratti pubblici misti aventi per oggetto lavori e servizi. Secondo il comma 3 dell'art. 14, cit., l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori *“se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto”*. Sia pure proseguendo nell'applicare il criterio aritmetico alla prevalenza del rilievo economico dei lavori nelle attività oggetto della gara, il Codice dei contratti ha tuttavia recepito il criterio “sostanzialistico” della prestazione, proprio del diritto comunitario, che ha poi integrato nel successivo comma 4 dell'art. 14, con i principi - di rilievo comunitario - della tutela della concorrenza e della non discriminazione sull'affidamento dei contratti misti,. A ben vedere, la disposizione ivi contenuta, disponendo che ... *“l'affidamento di un contratto misto ... non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la*

concorrenza”, finisce per ribaltare il criterio aritmetico della prevalenza del rilievo economico dei lavori nell’individuazione dell’oggetto del contratto, affermato nel primo inciso del comma precedente. La prevalenza, sul maggiore importo dei lavori rispetto ai servizi, della funzione obiettiva del contratto in relazione alle finalità dell’amministrazione che ha indetto la gara, comporta inevitabilmente la svalutazione della rilevanza economica delle prestazioni la cui rigidità, nell’individuazione dell’affidatario, recede nei confronti della considerazione dell’attività che egli è chiamato a svolgere e della sua idoneità ad adempiere agli obblighi convenzionalmente assunti.

8.1. Correttamente, la sentenza di primo grado richiama l’oggetto dell’appalto menzionato dal bando di gara identificandolo nel “servizio di esecuzione di tutti gli interventi rientranti nella manutenzione ordinaria di tutti i cimiteri cittadini”, dettagliatamente determinato nel capitolato speciale. Significativo al proposito è che in aggiunta all’enunciazione delle singole opere, il Comune si sia riservato di fornire indicazioni più specifiche nel corso dell’esecuzione (art. 1) e che, tra gli oneri del referente che l’aggiudicataria deve preporre al controllo delle opere compiute, sia menzionata l’osservanza, in aggiunta alle norme del capitolato, degli ordini di servizio impartiti e del regolamento di polizia mortuaria. In questa chiave di lettura, il carattere “meramente accessorio” dei lavori rispetto ai servizi ed alle forniture deve essere ravvisato nel senso prospettico della

finalità cui assolve la gara, di assicurare la gestione dell'intero complesso cimiteriale a soddisfacimento di un servizio collettivo, nel quale la componente relativa alle opere è sicuramente accessoria e prescinde da ogni dato quantitativo. È perciò da disattendere l'affermazione della memoria del ricorrente in data 4 ottobre 2006 che l'oggetto della gara, risultante dall'art. 1 del capitolato, non è l'ordinario servizio cimiteriale ma il solo lavoro di scavo e di apertura e chiusura delle fosse, loculi ossari, tombe e cappelle. L'elencazione delle singole attività oggetto della gara riportata dall'appellante (secondo cpv. dell'art. 1 del capitolato) deve essere integrata con quella (riportata nella medesima sede) attenete all'esecuzione "di tutti gli interventi e provviste occorrenti per l'esecuzione e la gestione della manutenzione ordinaria per la conduzione del cimitero civico ... nonché di "tutti i servizi complementari, la fornitura e posa di croci e lapidi, la loro sostituzione e rimozione" (ancora riportati nel secondo cpv. lett. f).

L'applicazione della disciplina prevalente secondo la causa, caratteristica dei contratti misti nei quali la fusione delle cause fa sì che gli elementi distintivi di ciascun negozio vengono assunti quali elementi di un negozio unico attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso (Cass., sez. III, 12 luglio 2005, n. 14611) comporta che l'entità, le modalità e le conseguenze del collegamento negoziale debbano essere considerate in relazione all'interesse perseguito dal

soggetto appaltante, da individuare, per ciò che attiene al contratto in esame nella gestione di un servizio e non certo realizzazione di un'opera.

9. E' così dimostrata la correttezza delle conclusioni raggiunte e dei successivi corollari che logicamente ha tratto la sentenza impugnata, di irrilevanza nella scelta del contraente della qualificazione SOA e della verifica dell'anomalia che il bando di gara ha rimesso alla discrezionalità della commissione.

9.1. Muovendo dal nesso che collega le lavorazioni e lo svolgimento del servizio negli appalti misti, la sentenza impugnata afferma che l'obbligo di qualificazione cade quando dall'esame del carattere prevalente o accessorio delle varie prestazioni si possa ragionevolmente desumere che la garanzia delle attestazioni SOA non rappresenta una condizione indispensabile ai fini del corretto svolgimento del servizio, di talchè il percorso logico seguito per stabilire quale prestazione sia accessoria individua anche i requisiti necessari per partecipare alla gara. Sulla scia delle tradizionali direttive e della consolidata giurisprudenza comunitaria, il Codice dei contratti ha demandato la qualificazione dei fornitori e prestatori di servizi ad un elenco delle diverse referenze che l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di richiedere per ottenere la dimostrazione dei requisiti minimi di capacità tecnica e professionale da parte degli operatori economici (art. 42), così definitivamente abdicando alla rigidità del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici,

articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi, attuato dagli organismi di diritto privato di attestazione autorizzati secondo categorie di opere generali e specializzate (art. 40). Negli appalti misti, la scelta fra l'uno o l'altro dei sistemi di qualificazione è pertanto condizionata dal nucleo principale delle attività dell'appalto, la cui esecuzione deve essere sorretta da adeguate garanzie di affidabilità. Anche per l'adito Collegio, pertanto, l'interesse del comune implica che l'aggiudicatario dimostri il possesso non tanto dall'esperienza nello svolgimento di lavori quanto di nel gestire complessivamente i servizi cimiteriali. E' pertanto ineccepibile che l'Amministrazione non abbia demandato nel bando, la qualificazione dei concorrenti all'art. 8 della legge 109/1994 (ora art. 40 D.Lgs. n. 163/2006) e in sede di gara abbia ritenuto sufficienti i requisiti posseduti dall'aggiudicataria che ha depositato le dichiarazioni relative a servizi analoghi svolti nell'ultimo triennio (come richiesto dal bando) e una certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2000 relativa all'erogazione di servizi cimiteriali.

9.2. Anche coerente con la soluzione prescelta è il rigetto della censura inerente l'omessa verifica dell'anomalia in ragione della natura della gara collocata per residualità nella categoria 27 dell'allegato 2 al D.Lgs. 157/1995 (altri servizi), alle quali sono applicabili soltanto le norme indicate dall'art. 3 comma 2 dello stesso D.Lgs. 157/1995, tra cui non rientra la disciplina delle

anomalie. Rimane conseguentemente escluso ogni automatismo nella valutazione dell'anomalia dell'offerta previsto dall'art. 25 del D.Lgs. 157/1995, richiamato solo per individuare la procedura da seguire nella verifica dell'offerta una volta che il presidente abbia formulato il giudizio di anomalia.

10. L'appello deve quindi essere respinto e deve essere confermata la sentenza di primo grado. Le spese processuali del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Condanna l'appellante alle spese di giudizio, da corrispondere al comune e che liquida in euro 5 000,00 (cinquemila/00).

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 17 ottobre 2006, con l'intervento dei Signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere est.
Marco Lipari	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere

L'ESTENSORE

f.to Cesare Lamberti

IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30 maggio 2007

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale