

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA CALABRIA
SEZIONE STACCATA DI REGGIO CALABRIA

N.153 /2004

Reg. Sent.

N. 1839/03 Reg.

Ric.

composto dai Magistrati:

- LUIGI PASSANISI Presidente
- DANIELE BURZICHELLI Primo Referendario
- CATERINA CRISCENTI Primo Referendario relatore, estensore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso N. 1839/03 R.G. proposto da LABATE Annalisa, quale amministratore unico e legale rappresentante della s.n.c. Labate, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo BOMBARDIERI, domiciliata presso la Segreteria del Tar

CONTRO

Comune di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Mario DE TOMMASI, elettivamente domiciliato in Reggio Calabria, Via Castello, 1

e nei confronti di

CESAF S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Gabriele D'OTTAVIO, presso il cui studio sito in Reggio Calabria, Via Zecca, 7 è elettivamente domiciliata;

Ditta DE CARLO Vincenzo, ESCAR S.a.s, ATI Gironda Giuseppe - MC EDIL S.r.l., ATI Barbieri Domenico – SCOPELLITI, ATI FIDA S.r.l. – GIRONDA Giuseppe, Ditta NOCERA Giuseppe, CAMERA Costruzioni S.n.c., Impianti e Costruzioni S.r.l., SICLARI Antonino e figli S.a.s., EDIL Primavera S.r.l., Ditta CANALE Giuseppe, IMPRESASUD s.r.l., ATI Stella Costruzioni – COTEL, Ditta GF Costruzioni, EDIL Impianti S.r.l., Ditta Cuzzocrea Antonino

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile del Settore Manutenzione e Lavori Pubblici del Comune di Reggio Calabria n. 1584 del 5 agosto 2003, pubblicata in pari data, avente ad oggetto “Riesame e revoca determina n. 327 reg. di settore del 16 luglio 2003 relativa all'indizione gare di appalto per manutenzione ordinario dei servizi a rete” e di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o consequenziale

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune e della società CESAF;

Viste le memorie presentate nell'interesse delle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato per la pubblica udienza del 28 gennaio 2004 il relatore Caterina CRISCENTI ed uditi i procuratori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con deliberazione della Giunta Comunale n. 631 del 30 dicembre 2002 il Comune di Reggio Calabria ha autorizzato il Dirigente dell'unità Operativa manutenzione e lavori pubblici ad affidare, a corpo, previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica "i servizi di manutenzione idrica fognaria, opere di primo intervento e quelle di manutenzione ordinaria alle reti di deflusso e caditoie acque meteoriche ... applicando i principi desumibili per interpretazione dalla Direttiva 92/50/Cee, come recepita dal D.lgs n. 157 del 17 marzo 1995".

Con successive determinazioni n. 506 del 31 dicembre 2002 e n. 649 del 17 aprile 2003 sono state indette le gare per l'affidamento per la durata di un anno di quattro distinti "servizi di manutenzione" (idrica, stradale, pronto intervento su pozzi, sorgive, ecc., pronto intervento sugli impianti elettrici di pozzi, sorgive, ecc.).

A seguito di esposto della società A.E.T. , l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori pubblici, con deliberazione n. 184 dell'1 luglio 2003, invitava la stazione appaltante all'adozione di un provvedimento di autotutela, poiché "nel caso di specie appare che la prestazione oggetto di affidamenti si concretizzi in lavori piuttosto che in servizi".

Conseguentemente con determinazione n. 327 del 16 luglio 2003 il Responsabile del servizio Manutenzioni e Lavori Pubblici revocava le determinazioni n. 506/02 e 649/03.

Dopo la conferenza interna di servizi del 28 luglio 2003, sollecitata dalla nota del Dirigente dell'Area legale del 23 luglio 2003,

con atto del 5 agosto 2003 n. 1584 il Responsabile del servizio Manutenzione e Lavori Pubblici revocava la propria precedente determinazione n. 327 del 16 luglio 2003.

Avverso tale atto la ricorrente propone ricorso, che affida ai seguenti motivi di gravame:

1. Violazione dell'art. 3, co. 2, D.lgs n. 157 del 17 marzo 1995 di attuazione della Direttiva 92/50/Cee. Non applicabilità all'attività oggetto dell'appalto della normativa sugli appalti di servizi, nonché violazione dell'art. 5, co. 1, D.lgs. 157/95. Poiché a mente dell'art. 3, co.1, in combinato disposto con l'allegato 1, può parlarsi di appalto di pubblico servizio solo quando la manutenzione e riparazione riguardi i beni e gli impianti specificati nelle voci della CPC (Central Product Classification) ivi richiamati, ed atteso che l'oggetto delle gare in questione non può essere ricompreso tra quelli indicati dalla legge, deriva che "i servizi" di manutenzione e riparazione appaltati dal Comune di Reggio Calabria non sono sussumibili *sub* D.lgs 157/95, ma *sub* l.n. 109/94.

2. Violazione degli artt. 2, co. 1 e 8 l. 11 febbraio 1994 n. 109, come modificata ed integrata, nonché dell'art. 3, co. 3, D.lgs. 157/95. Anche se i contratti per cui è causa appartenessero alla categoria dei cosiddetti contratti misti, applicando il concetto di prevalenza delle prestazioni, al fine di ascrivere i contratti medesimi nella categoria degli appalti di lavori o di quelli di servizi, basterebbe leggere i capitolati d'oneri per apprezzare che le attività richieste consistono prevalentemente in esecuzione di lavorazioni..

3. Violazione dell'art. 8, co. 11 *septies* l.n. 109/94, come aggiunto dall'art. 7, co. 1, lett. d) l.n. 166/02. A prescindere dalla cornice normativa applicabile, quando occorre effettuare delle lavorazioni, le stesse possono essere eseguite solo da soggetti qualificati ai sensi dell'art. 8 l.n. 109/94. Nel caso in esame, poiché le lavorazioni dovevano effettuarsi direttamente dall'aggiudicatario, questi doveva essere in possesso della qualificazione, che invece non era stata richiesta dall'ente appaltante.

4. Violazione dell'art. 8, co. 11 *quinquies* l.n. 109/94 e dell'art. 28 DPR n. 34/00. Anche a voler ritenere – come espressamente dichiarato nella determina n. 1584/03 - che le lavorazioni fossero di importo inferiore a 150.000,00 euro, l'amministrazione avrebbe dovuto richiedere il possesso dei requisiti di cui all'art. 28 DPR 34/00.

Resiste al gravame il Comune di Reggio Calabria, sostenendo l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse ed omessa impugnazione di atti presupposti e, comunque, la sua infondatezza nel merito.

Si costituisce anche l'impresa controinteressata, svolgendo analoghi rilievi preliminari e contestando tutti i motivi di ricorso, del quale chiede il rigetto.

Acquisite ulteriori memorie difensive, all'udienza pubblica del 28 gennaio 2004, fissata ai sensi dell'art. 23 *bis* l.n. 1034/1971 con ordinanza n. 874/03, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Devono dapprima esaminarsi le eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso svolte dalle controparti.

1.1. E' da escludere che l'atto impugnato sia un atto meramente confermativo.

Esso è stato assunto sulla base di una specifica istruttoria e sulla base di elementi (deliberato dell'Autorità di Vigilanza, consequenziale intervento in autotutela, nota del Dirigente conferenza di servizi interna, ecc.), tutti indicati nella premessa della determina 1584/03, assolutamente nuovi rispetto a quelli che avevano inizialmente indotto l'ente a bandire una gara, qualificandola come appalto di servizi.

Seppure, dunque, la ditta ricorrente non ha inteso impugnare a suo tempo i primi atti della procedura, i nuovi interventi dell'ente appaltante – sulla cui legittimità si incentra il gravame – permettono oggi la proposizione dell'impugnativa.

1.2. Né è preclusiva l'omessa impugnativa, con l'odierno gravame, della delibera n. 631/02, con la quale la Giunta comunale ha espressamente autorizzato il Dirigente ad indire la procedura di gara, qualificando peraltro l'oggetto della stessa come appalto di servizi ed invocando l'applicazione dei principi comunitari come recepiti dal D.lgs n. 157/95.

Deve, infatti, rammentarsi in via generale che, mentre prima negli enti locali la deliberazione a contrattare era di competenza del consiglio (artt. 32 e 56 l.n. 142/90), oggi “la determinazione a con-

trattare”, pur mantenendo i medesimi contenuti (deve, infatti, sempre esplicitare il fine che con il contratto si intende perseguire, l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali, nonché le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base), è atto di gestione, di competenza del responsabile del procedimento di spesa (art. 192 T.u.e.l.), che segue alla deliberazione di giunta, espressione del potere di indirizzo e di controllo politico-amministrativo (art. 107, co. 1, T.u.e.l.).

D'altronde, sono i dirigenti che devono attuare gli obiettivi ed i programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dalla giunta e sono loro, in particolare, ad assumere la responsabilità delle procedure d'appalto (art. 107 cit., co. 2, lett b)).

Da ciò consegue che la determinazione del responsabile è provvedimento attuativo della deliberazione di giunta solo nei limiti sopra indicati e, quindi, la ricorrente non aveva interesse ad impugnarla, avendo al contrario interesse alla sua esecuzione e cioè alla concreta indizione della gara.

1.2.1. In particolare poi il fatto che la deliberazione della giunta del Comune di Reggio Calabria presentasse un contenuto atipico ulteriore, nel senso che l'organo di governo aveva espresso delle considerazioni sull'oggetto del contratto e sulla procedura di gara da adottare (non appalto di lavori, ma di servizi), non assume rilevanza, avuto anche riguardo allo sviluppo complessivo della vicenda procedimentale in esame.

Ed infatti, in primo luogo, non può non sottolinearsi il fatto che, allorché è intervenuta la decisione dell'Autorità di Vigilanza, la riconsiderazione sull'oggetto del contratto e sulle modalità di scelta del contraente è stata operata dal dirigente responsabile e non si è avvertita affatto l'esigenza di sollecitare la giunta ad un proprio intervento in autotutela. Circostanza questa che conferma la tesi dell'autonomia della determinazione dirigenziale rispetto all'indicazione dell'organo di governo.

Secondariamente anche la decisione di (ri-)avvalersi di un appalto di servizi piuttosto che di lavori ha rappresentato una scelta propria ed autonoma del dirigente responsabile del servizio, a prescindere dall'indicazione a suo tempo operata dalla giunta, e basata sul riesame delle voci dei capitolati, nonché sulla nota del Dirigente dell'Area legale e sugli esiti della conferenza di servizi interna.

Nel complesso tutto ciò dimostra che la determinazione di procedere ad un appalto di servizi, in luogo di un appalto di lavori, espressa nel provvedimento oggetto del presente giudizio, non costituisce provvedimento attuativo della deliberazione di giunta, la cui mancata impugnativa non condiziona, quindi, l'ammissibilità del gravame.

2. Il rilievo poi che l'annullamento giudiziale della "revoca della revoca" si presenterebbe inidoneo a fornire un'utilità concreta alla ricorrente pare eccessivo. E' vero che la procedura di gara dovrà essere riattivata, sicché l'interesse partecipativo della società LABATE non potrebbe trovare immediata soddisfazione, ma è vero altresì che

l'effetto conformativo della invocata statuizione di annullamento importerà – ferma restando la volontà dell'ente di appaltare gli interventi di manutenzione in questione - la riformulazione degli atti della procedura nel senso indicato dalla ricorrente.

Può, infatti, ritenersi sussistente l'interesse a ricorrere non solo quando l'annullamento dell'atto lesivo è di per sé idoneo a realizzare un interesse diretto e immediato del singolo, ma anche quando tale annullamento comporta che l'amministrazione, in seguito alla rimozione dell'atto illegittimo, sia tenuta a riesaminare la situazione e ad emanare altri provvedimenti eventualmente idonei a garantire al privato un risultato favorevole (giurisprudenza consolidata: così di recente Cons. St., IV, 30 aprile 2003 n. 2327).

3. La circostanza infine che la qualificazione dell'appalto come appalto di servizi, piuttosto che di lavori, non impedirebbe la partecipazione della ricorrente alla gara non vale di certo a rendere irrilevante la corretta qualificazione dell'oggetto del contratto, non solo sul piano oggettivo, ma anche – ed è ciò che qui interessa – sul piano soggettivo, posto che da essa discende una disciplina assai diversa del confronto concorrenziale, al cui rispetto la ditta odierna ricorrente, munita di attestazione SOA, ha evidente interesse.

4. Nel merito il ricorso è fondato.

Fondati sono, infatti, i primi due motivi di gravame.

5. Il punto controverso con essi sottoposto all'attenzione del Tribunale verte essenzialmente sulla qualificazione da attribuirsi all'appalto in questione, avente ad oggetto, testualmente, "l'esecuzione

delle lavorazioni, anche con l'impiego di manodopera specializzata, e delle forniture (...) occorrenti per l'attuazione degli interventi di manutenzione ordinaria e di pronto intervento" su vari impianti a rete del territorio del Comune di Reggio Calabria".

Per dirimere la questione è doveroso far riferimento all'art.2, comma 1, della l.n. 109/94, che annovera espressamente tra i lavori pubblici le attività di "restauro e manutenzione di opere ed impianti", nonché all'allegato 1 del d.lgs. 157/95, in materia di appalti pubblici di servizi, il quale, per quanto concerne i servizi di manutenzione e riparazione, fa riferimento a voci della CPC (Central Product Classification), corrispondenti ai numeri 6112, 6122, 633, 886, aventi ad oggetto veicoli a motore, motocicli e gatto delle nevi, articoli personali e domestici, prodotti metallici, macchinari e attrezzature. Tutte voci, dunque, che non sembrano poter trovare applicazione nella fattispecie in argomento, e che, in quanto paiono rispondere ad una logica di tassatività, portando dunque ad escludere che possono considerarsi manutenzioni rientranti tra gli appalti di servizi attività relative ad impianti non compresi nei numeri sopra indicati.

6. Ma, ad avviso del Collegio, sono altre considerazioni, di ordine non prettamente formale-letterale, espresse anche - proprio nel caso di specie - dall'Autorità di Vigilanza con la deliberazione n. 184 dell'1.7.2003, ad assumere portata decisiva e quindi a confortare la conclusione che vanno ricomprese nella nozione di lavori pubblici, di cui all'art.2 della l.109/94, tutte le attività di manutenzione diverse da quelle espressamente previste dai citati numeri della CPC e

pertanto anche la complessa attività di manutenzione in argomento.

A tal fine la norma di riferimento, pure invocata in ricorso, è l'art.3 del d.lgs. 157/95, nella formulazione di recente adeguata a quella già vigente nell'ambito della l.109/94 (si veda l'ultimo periodo dell'art.2, comma 1, come introdotto dalla l.n. 415/98) con l'art.3 del d.lg. 25 febbraio 2000, n.65, il quale dispone che nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi, quando comprendono lavori accessori, si applicano le norme della legge 109/94 qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%.

Per individuare la normativa applicabile deve, dunque, farsi applicazione del solo criterio della prevalenza economica, già vigente nell'ambito della l.109/94.

Ora, dai dati riportati nella documentazione in atti si evince, con un sufficiente grado di sicurezza, che non sussiste, nell'ambito della "manutenzione completa" in questione, un rilievo economico dei servizi corrispondente almeno al 50%.

Già la sola lettura delle disposizioni del capitolato consente, infatti, di rilevare che l'insieme delle prestazioni richieste all'appaltatore consiste soprattutto in lavorazioni, in costruzione di opere (vd. articolo 1 del Capo II sulle prescrizioni tecniche), ossia in una serie di interventi di adeguamento, sostituzione e riparazione, riconducibili chiaramente al concetto di "lavori", e che non appaiono in posizione accessoria o strumentale, né economicamente, né funzionalmente, con l'attività di controllo dell'efficienza degli impianti

6.1. Più conforme a logica e rispondente agli intenti che sem-

brano aver pervaso il legislatore, sia nazionale che comunitario, risulta allora la riconduzione ai "lavori pubblici" dell'attività di manutenzione in questione.

Il concetto di manutenzione, che non configura di per sé un contratto tipico, non può, del resto, non essere ricondotto alla qualifica di "lavori" qualora l'applicazione dell'opera dell'appaltatore comporta, come nel caso di specie, un'attività prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (cfr. in tema anche Cons. Stato, VI, 16 dicembre 1998, n.1680).

D'altronde, se il legislatore, con la l.n. 109/94, ha eletto ad oggetto del proprio intervento la più ampia categoria dei "lavori pubblici", in luogo di quella dell'"opera pubblica", è proprio perché non viene presa tanto in considerazione l'opera realizzata, bensì viene riqualificato il lavoro che sull'opera è compiuto, cosicché, in definitiva, vengono ad essere ricompresi nell'ottica legislativa non solo i lavori che hanno dato luogo, mediante un'opera di costruzione, ad un'opera o ad un impianto, ma anche i lavori che si limitano ad avere l'opera o l'impianto come oggetto dell'attività (in termini Cons. St., V, 4 maggio 2001 n. 2518 e 24 aprile 2002 n. 2209).

7. Le riportate considerazioni conducono - assorbiti gli ulteriori motivi - all'accoglimento del ricorso proposto dalla società Labate.

La complessità delle questioni trattate impone, tuttavia, l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria - definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe indicato e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Spese compensate.

Ordina all'autorità amministrativa di eseguire la presente sentenza.

Così deciso in Reggio Calabria, nella Camera di Consiglio del 28 gennaio 2004.

IL GIUDICE ESTENSORE

F.to Caterina Criscenti

IL PRESIDENTE
F.to Luigi Passanisi

Depositata Il 13 febbraio 2004

Il Segretario
Antonino Sgrò