



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 Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 149 del 2014, proposto da:  
ESA S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Ettore Paolo Di Zio, con domicilio  
eletto presso la Segreteria T.A.R. Marche, in Ancona, via della Loggia, 24;

***contro***

Provincia di Fermo, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Orteni, con  
domicilio eletto presso l'Avv. Maurizio Discepolo, in Ancona, via Matteotti, 99;

***per l'annullamento***

- del bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 29 gennaio 2014, n. 11, avente ad  
oggetto l'affidamento del "Servizio ispettivo sugli impianti termici di competenza  
della Provincia di Fermo", nonchè del relativo disciplinare e di tutti gli atti  
presupposti, consequenziali e comunque connessi a quelli oggetto del presente  
gravame, fra cui:

- la nota datata 18 febbraio 2014, con cui la Provincia di Fermo ha rigettato la  
richiesta dell'interessata di rettificare gli atti di gara;

- l'aggiudicazione del servizio, se ed in quanto disposta,  
nonché per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Fermo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2014 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La ditta ricorrente, nella spiegata qualità di impresa operante nello specifico settore, impugna il bando e il disciplinare di gara adottati dalla Provincia di Fermo per l'affidamento del servizio di verifica degli impianti termici *ex* L. n. 10/1991 e successive disposizioni attuative. Il servizio ha la durata di 24 mesi e l'appalto è da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, inteso come maggior numero di ispezioni offerte, con un minimo di 2800 (di cui almeno 500 su impianti di potenza superiore a 35kW e 2300 su impianti di potenza inferiore a 35kW) e nei limiti dell'importo complessivo previsto (€ 199.000,00, oltre a IVA).

Il disciplinare di gara viene censurato nella parte in cui (art. 6.13) pone quali requisiti di partecipazione l'avere il concorrente in organico almeno 3 ispettori, ciascuno in possesso dei seguenti requisiti:

a) formazione tecnica e professionale di base, almeno equivalente a quella prevista dalle lettere a) o b) di cui all'art. 4, comma 1, D.M. n. 37/2008, ossia il diploma di laurea in materia tecnica specifica conseguito presso una università statale o legalmente riconosciuta, oppure il diploma o qualifica conseguita al termine di

scuola secondaria del secondo ciclo con specializzazione relativa al settore delle attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici, presso un istituto statale o legalmente riconosciuto, seguiti da un periodo di inserimento, di almeno due anni continuativi, alle dirette dipendenze di una impresa del settore;

b) attestato di frequenza e idoneità all'esame finale del corso ENEA (Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e sviluppo economico sostenibile) per "Il conseguimento dello stato di manutenzione e di esercizio degli impianti termici".

2. ESA, sul presupposto che le clausole predette le inibiscono la partecipazione alla procedura, deduce le seguenti censure:

- violazione L.R. Marche n. 9/2008 e DPR n. 74/2013;
- violazione artt. 42 e 124, comma 7, D.Lgs. n. 163/2006 e art. 327 DPR n. 207/2010;
- eccesso di potere per violazione dei principi di ragionevolezza e pertinenza e di massima partecipazione, nonché delle regole di lealtà e correttezza dell'azione amministrativa.

ESA contesta in particolare il requisito sub b), ossia l'aver il personale impiegato nel servizio frequentato il corso ENEA per installatori di impianti termici.

Tale requisito viene contestato in quanto:

- il corso in argomento è certamente utile per coloro che debbono installare gli impianti termici, ma non per chi deve svolgere le attività di verifica ispettiva a cui si riferisce la presente gara;
- i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 4 D.M. n. 37/2008 sono fra loro alternativi e non cumulativi;
- la previsione impugnata è irrazionale, non essendo finalizzata a premiare le imprese che abbiano reclutato un corpo ispettivo più qualificato;

- il requisito in parola costituisce un *quod minus* rispetto all'oggetto del servizio, comunque assorbito dai requisiti afferenti il titolo di studio, e che produce quale unico effetto la restrizione del numero di imprese che possono prendere parte alla procedura;

- ulteriormente restrittivo è il requisito per cui il corso in parola deve essere stato frequentato solo presso l'ENEA, agenzia che non è titolata alla gestione di corsi di formazione professionale.

Viene inoltre contestato l'obbligo imposto ai concorrenti per cui il servizio deve essere svolto da almeno 3 ispettori, oltre ad un quarto ispettore iscritto all'albo dei professionisti abilitati per la prevenzione incendi *ex* L. n. 818/1984.

Il requisito viene ritenuto violativo del combinato disposto fra gli artt. 42 e 124, comma 7, D.Lgs. n. 163/2006 e 327 DPR n. 207/2010 e del principio di proporzionalità, non potendo la stazione appaltante imporre ai concorrenti una predeterminata organizzazione di impresa e ben potendo il servizio essere assolto anche da un solo ispettore (e ciò tenuto conto del numero minimo di ispezioni complessive richieste dalla *lex specialis* e del numero massimo di verifiche che ciascun ispettore è legittimato a compiere in una giornata lavorativa).

La ricorrente chiede altresì il risarcimento dei danni, in via principale sotto forma di reintegrazione in forma specifica, in subordine per equivalente monetario (per questa ipotesi, il danno viene quantificato nel 10% dell'offerta).

3. Si è costituita la Provincia di Fermo, formulando alcune eccezioni preliminari e chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

Alla camera di consiglio del 3 aprile 2014, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio già in questa sede con sentenza "breve", sussistendo tutti i presupposti di cui all'art. 60 cod. proc. amm.

In data 4/4/2014 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 414/2014.

4. Il ricorso è fondato e va dunque accolto.

Ciò impone l'esame delle eccezioni preliminari formulate dalla Provincia di Fermo.

Le eccezioni *de quibus* sono infondate, atteso che:

- quanto alla asserita tardività, dalla copia del frontespizio e dell'ultima pagina del ricorso depositata in atti dalla ricorrente in data 13/3/2014, emerge che l'atto è stato passato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 28 febbraio 2014, per cui, in base al principio di diritto affermato nella sentenza n. 477 del 2002 della Corte Costituzionale, la ditta ricorrente ha assolto tempestivamente all'onere incombente su di sé (nel mentre il ritardo con cui l'ufficiale giudiziario ha avviato le operazioni di sua esclusiva competenza non può andare a detrimento della parte ricorrente);
- quanto all'inammissibilità del ricorso per mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara, si tratta di eccezione del tutto infondata, alla luce di ormai consolidati principi giurisprudenziali. In effetti, il potenziale concorrente ad una gara ad evidenza pubblica che ritiene di non possedere i requisiti di ammissione indicati dal bando, ma che intende censurare i requisiti medesimi deducendone la sproporzionalità o il contrasto con norme di legge, non è onerato di presentare una domanda di partecipazione che è inevitabilmente destinata ad essere esclusa (*ex multis*, Cons. Stato, V, n. 1761/2013).

Nella specie si è in presenza di clausole chiaramente escludenti, nel mentre non è dubbio il fatto che ESA S.r.l. è un operatore del settore a cui si riferisce il presente servizio (vedasi documentazione depositata unitamente al ricorso).

5. Prima di passare ad esaminare il merito delle doglianze, va osservato che:

- come correttamente evidenziato dalla difesa di ESA nel corso della discussione orale, il concorrente si deve basare sulla lettera del bando e non su giustificazioni rese *ex post* (ad esempio, come nella specie, in sede di difesa tecnica in giudizio) dalla stazione appaltante. Questo discorso verrà ripreso trattando il motivo di

ricorso con cui si censura l'imposizione di un numero minimo di ispettori da impiegare nel servizio;

- la ditta ricorrente, con la documentazione depositata unitamente al ricorso, ha provato di avere svolto o di stare svolgendo attualmente per conto di amministrazioni pubbliche servizi identici a quello messo in gara dalla Provincia di Fermo.

6. Ciò premesso, a passando a trattare il merito del ricorso, le doglianze di ESA sono in massima parte da condividere, per le seguenti ragioni.

6.1. Quanto al requisito della formazione professionale specifica (*id est*, possesso da parte degli ispettori da impiegare nel servizio dell'attestazione di frequenza del corso ENEA per installatori di impianti termici), l'errore in cui è incorsa la Provincia consiste, ad avviso del Tribunale, nel non avere correttamente inteso il ruolo che l'ordinamento assegna, *in subiecta materia*, all'ENEA.

L'art. 9, comma 6, del DPR n. 74/2013 prevede chiaramente che l'ENEA svolge un ruolo di consulenza specialistica in favore delle amministrazioni o dei soggetti privati che intendono avvalersene per svolgere corsi del tipo di quello richiesto dal presente bando. Ciò vuol dire che:

- in primo luogo, l'attività dell'ENEA è solo eventuale, non prevedendo la norma un obbligo per gli enti interessati di avvalersi del contributo tecnico del citato Ente;

- in secondo luogo, ai fini della partecipazione alle gare debbono valere anche corsi organizzati senza il supporto tecnico dell'ENEA, purché finalizzati ad impartire ai frequentanti le nozioni indispensabili per poter svolgere il delicato incarico di ispettore di impianti termici.

Nella specie, uno degli ispettori in organico a ESA è in possesso di attestazione di frequenza del corso "*Selezione di ispettori di impianti termici*" ex D.Lgs. n. 192/2005 e s.m.i., organizzato dalla Provincia di Teramo in collaborazione con AGENA (ente

strumentale della stessa Provincia abruzzese) e finalizzato ad individuare soggetti cui affidare il servizio ispettivo nell'ambito del territorio provinciale.

Non si può quindi dubitare della perfetta equipollenza del titolo in argomento, tanto più se si pensa che esso è stato rilasciato da una pubblica amministrazione che è peraltro dello stesso rango della Provincia di Fermo.

Peraltro, la lettera dell'impugnato disciplinare, interpretata in base al suo tenore letterale, non consentiva a ESA di presentare domanda di partecipazione, il che, come detto, rende ammissibile l'impugnazione.

6.2. L'altro profilo di censura richiede un discorso un po' più articolato.

L'amministrazione resistente, pur ammettendo che l'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006 va letto sostanzialmente nello stesso senso patrocinato dalla ricorrente, si riporta ad un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, fermo restando il divieto di introdurre artificiosi ostacoli alla massima partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, i bandi di gara possono prevedere requisiti di partecipazione più stringenti laddove ciò sia giustificato dalla particolare natura dell'appalto.

Il Tribunale non disconosce tale orientamento (il quale è espressione di un principio di buon senso che deve applicarsi anche a procedure che in generale sono invece improntate al rispetto di regole rigorose e possibilmente univoche), il quale è però neutro ai fini che qui interessano. In effetti, dire che i bandi di gara possono prevedere requisiti più stringenti ai fini della partecipazione ma che tali requisiti debbono essere comunque rispettosi del principio di proporzionalità e adeguatezza, significa che la valutazione della congruenza dei requisiti di ammissione va verificata caso per caso, non potendosi dire a priori e con valenza generale quando i suddetti principi sono rispettati.

Venendo al caso di specie, si deve evidenziare in primo luogo che la scelta dei requisiti di ammissione da prevedere nel bando deve pur sempre vertere fra quelli indicati dall'art. 42. In secondo luogo, e pur non dubitando il Collegio della

delicatezza del servizio di che trattasi, si deve rilevare che esso costituisce un servizio ormai consolidato, che viene svolto da svariati anni da numerosissimi operatori del settore; l'appalto per cui è causa non pone dunque, sotto questo profilo, problematiche tecniche di speciale rilevanza.

Va in secondo luogo osservato che il disciplinare di gara precisa in maniera chiara l'oggetto del servizio inteso come numero minimo di prestazioni da svolgere nell'arco di vigenza del contratto.

Seppure si potrebbero teoricamente condividere le argomentazioni esposte dalla Provincia nella memoria di costituzione in giudizio circa il numero reale di ispezioni che possono essere compiute nell'arco di una giornata lavorativa, tuttavia tali argomenti sono inconferenti, atteso che:

- come già detto *supra*, il concorrente, nel redigere la domanda di partecipazione e nel formulare l'offerta, deve basarsi sui dati profferiti dal bando;
- anche tenendo conto degli inevitabili inconvenienti che possono emergere nel corso delle ispezioni (e che implicano l'impossibilità materiale di svolgere le 8 ispezioni previste come limite massimo giornaliero), ugualmente è possibile espletare il numero minimo di verifiche previste dal bando anche da parte di un solo operatore;
- in effetti, poiché il concorrente può anche limitarsi ad offrire il numero minimo di ispezioni indicato dal bando (anche se questo lo penalizzerebbe di certo in sede di valutazione delle offerte) e poiché ESA ha dimostrato che un ispettore, anche lavorando solo 200 giorni per anno, riuscirebbe comunque a garantire l'esecuzione del contratto, *in parte qua* la *lex specialis* è illegittima perché pretende di "disegnare" in maniera vincolante l'organizzazione aziendale dell'aggiudicatario.

Il corretto *modus operandi* consiste invece nel pretendere dal concorrente la descrizione dell'organizzazione aziendale alla luce dei parametri di cui all'art. 42 e di individuare, al limite, ulteriori criteri di valutazione delle offerte (in questo senso,

il possesso di determinati titoli di qualificazione professionale oltre a quelli minimi previsti dall'allegato C al DPR n. 74/2013 potrebbe costituire criterio di valutazione preferenziale).

Fra l'altro, la ditta ricorrente ha provato di avere in corso più affidamenti in contemporanea, il che significa che la sua organizzazione aziendale le consente di far fronte ad un numero di ispezioni ben superiore a quello indicato dalla Provincia di Fermo nell'impugnato bando.

E anche a voler tenere conto di indisponibilità di ispettori per malattia, ferie, etc., il bando non impone che le ispezioni vengano svolte con una determinata e costante periodicità; per cui i vari operatori, fermo restando il limite delle 8 ispezioni giornaliere, possono organizzare il servizio come meglio credono, nel mentre la ditta aggiudicataria è comunque tenuta a garantire sostituzioni per il caso di assenze che si prolunghino nel tempo e/o che si verifichino nell'imminenza della scadenza del termine di vigenza del contratto (specie laddove si sia ancora ben lontani dall'aver ultimato le ispezioni previste nel contratto).

6.3. Va invece condivisa la difesa della Provincia laddove sottolinea la necessità che almeno uno dei tecnici ispettori sia iscritto all'albo dei professionisti abilitati per la prevenzione incendi *ex* L. n. 818/1984, ma questo argomento non incide sull'accoglimento del ricorso, in quanto ESA contesta il fatto che il disciplinare pretende di stabilire con carattere di obbligatorietà la composizione numerica del *team* di ispettori che l'aggiudicatario deve impiegare nel servizio. Ad ogni buon conto, in sede di eventuale riedizione della gara, sarà necessario precisare in maniera più chiara che il personale ispettivo può anche non essere legato all'impresa concorrente da un rapporto di lavoro subordinato.

7. Per tutto quanto precede, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del bando e del disciplinare di gara *in parte qua*.

Da ciò discende l'obbligo per la Provincia di rielaborare gli atti indittivi e di bandire la nuova gara (sempre che il servizio sia ancora ritenuto essenziale).

L'accoglimento del ricorso per i summenzionati profili, unito al fatto che nelle more la gara non è stata aggiudicata, costituisce reintegrazione in forma specifica dell'interesse della ricorrente.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e condanna l'intimata Provincia al pagamento in favore della ditta ricorrente delle spese di giudizio, che si liquidano in € 1.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Francesca Aprile, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)