

N. 01844/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00219/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 219 del 2014, proposto da:

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Lecce, via Garibaldi n. 43;

contro

Istituto Professionale "Falcone e Borsellino" di Galatina, Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Lecce, via F. Rubichi, n. 23;

per l'annullamento

del bando di gara prot. n. 7367/C12, relativo al conferimento di incarico di "Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione", indetto dal Dirigente Scolastico dell'Istituto Professionale I.I.S.S. "Falcone e Borsellino" di Galatina pubblicato sull'Albo Pretorio on line dell'Istituto il 24.12.2013, nella parte in cui prevede quale compenso per il professionista aggiudicatario l'importo di euro 1.500,00 onnicomprensivo;

della nota prot. n. 173/C14 del Dirigente Scolastico dell'ISS di Galatina;

di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto d'Istruzione Falcone e Borsellino Galatina e del Ministero dell'Istruzione, dell'Universita' e della Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2014 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti l'avv.to P. Quinto e l'avv. dello Stato G. Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara pubblicato sull'Albo pretorio on line dell'Istituto Scolastico "Falcone e Borsellino" di Galatina il 24 dicembre 2013, la Dirigente Scolastica ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'incarico, di durata annuale, di "Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione" ai sensi del d. lgs. n. 81/2008, da aggiudicarsi sulla base dei soli titoli.

Il predetto incarico prevede lo svolgimento di una serie di attività professionali di natura specialistica (art. 2 del bando): consulenza per l'individuazione dei fattori di rischio e delle misure per la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro, nel rispetto della normativa vigente e sulla base della specifica conoscenza dell'organizzazione scolastica; predisposizione, per quanto di competenza, delle misure preventive e protettive di cui all'art. 28 comma 2 del d. lgs. n. 81/2008 e dei sistemi di controllo di tali misure; elaborazione delle procedure di sicurezza per le varie attività dell'Istituzione; predisposizione e realizzazione dei programmi di formazione ed informazione dei lavoratori; partecipazione alle consultazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, nonché alla riunione periodica di cui all'art. 35 del citato decreto; comunicazione ai lavoratori delle informazioni di cui all'art. 36 del decreto stesso; svolgimento di quanto previsto dall'art. 33 del d. lgs. n. 81/2008; sopralluoghi per la valutazione dei rischi e relativa schedatura, ivi comprese le eventuali ditte e/o associazioni che collaborano con l'Istituzione scolastica; redazione ed aggiornamento del documento di valutazione dei rischi dell'Istituto; revisione dei documenti ed eventuali aggiornamenti, individuazione delle misure per la sicurezza e salubrità degli ambienti di lavoro; elaborazione delle misure preventive e protettive attuate e dei sistemi utilizzati ad esito della valutazione dei rischi, nonché dei sistemi di controllo di tali misure; elaborazione delle procedure di sicurezza per le varie attività svolte all'interno dell'Istituto scolastico, ivi compresi eventuali lavori in appalto all'interno dell'Istituto, di cui all'art. 26 del d. lgs. n. 81/2008; informazione ai lavoratori, alunni inclusi, sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività svolte, specie in palestra e nei laboratori, sulle misure di prevenzione da adottare, sui rischi specifici cui sono esposti in relazione all'attività svolta, sulle normative di sicurezza e disposizioni legislative in materia, sulle procedure concernenti la lotta all'incendio, l'evacuazione di alunni e lavoratori in caso di incendio e terremoto; partecipazione alle consultazioni in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori; richiesta alle imprese appaltatrici per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria dei Piani operativi di sicurezza e di tutta la documentazione relativa agli adempimenti previsti dalle vigenti norme in materia di sicurezza; collaborazione con tecnici e responsabili di cantieri e dei lavori, in materia di predisposizione, attuazione e verifica delle disposizioni per la sicurezza dei lavoratori, nella circostanza dell'esecuzione delle opere di ammodernamento, adeguamento ed ampliamento degli edifici scolastici dipendenti; disponibilità di tutta la documentazione su riportata, in ogni momento, presso la segreteria dell'Istituto cui spetta la custodia; predisposizione della modulistica e assistenza nella effettuazione delle prove di

evacuazione e di prevenzione dal terremoto e dall'incendio; assistenza in eventuali procedimenti di vigilanza e controllo sulle materie di igiene e sicurezza sul lavoro da parte di ispettori del lavoro, vigili del fuoco, funzionari ISPESL etc.; assistenza per l'individuazione di tutte le figure sensibili previste dalla normativa vigente; assistenza per le richieste agli enti competenti degli interventi strutturali impiantistici e di manutenzione, oltre che delle documentazioni obbligatorie in materia di sicurezza; supporto esterno per la risoluzione dei problemi con i vari enti; consulenze tecniche per eventuali disservizi presso l'Istituto; disponibilità a raggiungere immediatamente la sede interessata in caso di urgenza; docenza in corsi di formazione al personale, per quanto attiene aspetti generali della normativa di riferimento, antincendio, emergenza ed evacuazione, rischio rumore, rischio chimico, compresa la fornitura di dispense e materiale informativo da distribuire ai partecipanti; assistenza per l'istituzione e/o la tenuta dei registri previsti dalla normativa vigente; assistenza nel coordinamento con le ditte appaltatrici, fabbricanti ed installatori, per gli adempimenti necessari; assistenza nell'organizzazione della squadra di emergenza; assistenza nell'individuazione e posa in opera della segnaletica da affiggere all'interno e nelle aree di pertinenza della scuola.

Il tutto verso il compenso di "euro 1.500,00 (millecinquecento/00) onnicomprensivo (ritenute fiscali, vitto, spese viaggio, alloggio, assicurazione infortuni e quant'altro collegato, connesso o, comunque, dipendente all'effettuazione della prestazione) di ogni ritenuta di legge, anche se a carico dell'Amministrazione" (art. 7 del bando).

L'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ha impugnato il predetto bando, lamentando, in sintesi, la violazione del principio di proporzionalità, logicità e ragionevolezza rispetto all'oggetto dell'appalto, ingiustizia manifesta, eccesso di potere, violazione del principio di non discriminazione, violazione del principio di par condicio, concorrenza e libera partecipazione alle procedure concorsuali, violazione degli artt. 36 e 41 della Costituzione.

Si è costituito in data 1° febbraio 2014 l'Istituto Scolastico per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, contestando le argomentazioni dell'Ordine ricorrente e chiedendo il rigetto dell'odierno gravame.

All'udienza pubblica del 15 maggio 2014, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è fondato e deve essere accolto, nei limiti di seguito indicati.

Preliminarmente, il Collegio rileva che non possono essere condivise le censure relative alla violazione dell'articolo 36 della Costituzione, il quale prevede, al comma 1, che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del suo lavoro.

Il Collegio osserva che la predetta norma si applica esclusivamente al rapporto di lavoro subordinato.

Al riguardo, è sufficiente richiamare la sentenza della Corte Costituzionale n.75 del 7 luglio 1964, secondo la quale *"La norma dell'art. 36, primo comma, è intesa ad assicurare la tutela della persona del lavoratore e la soddisfazione dei bisogni fondamentali suoi e della sua famiglia; non già a garantire la parità delle prestazioni nel rapporto sinallagmatico di lavoro. Se, pertanto, i principi contenuti nella detta norma debbono considerarsi applicabili nel campo del lavoro autonomo, e in particolare nel campo delle professioni intellettuali, tale applicazione non può aversi se non in considerazione dell'attività complessiva del professionista, nei modi e nei limiti in cui essa sia accertabile e valutabile, e non in relazione ai singoli rapporti e alle singole prestazioni in cui si esplica l'attività del libero professionista. Oltre tutto, quest'ultimo criterio"* (cioè l'applicazione dell'art. 36 comma primo della Carta Fondamentale ai singoli rapporti di lavoro

autonomo) “non varrebbe ad assicurare al professionista l'esistenza libera e dignitosa, voluta dalla Costituzione. Né la norma in esame può essere scomposta in precetti distinti, con diversi campi di efficacia, isolando dal contesto della disposizione il precetto della corrispondenza della retribuzione alla quantità e qualità di lavoro prestato, come il solo applicabile al lavoro autonomo. Una tale interpretazione, oltre a non corrispondere a fondamentali esigenze di ermeneutica, contrasterebbe.... con la ragione storica e sociale della norma, considerata nella sua unità”.

La Sezione rileva, altresì, che anche la Corte di Cassazione Civile (Sezioni Unite 16 gennaio 1986 n. 224) ha ulteriormente chiarito che l'art. 36 primo comma della Costituzione “riguarda esclusivamente il rapporto di lavoro subordinato, e non è applicabile in tema di compenso per altre prestazioni lavorative, quali quelle di lavoro autonomo (sent. 15 marzo 1985, n. 2016; 5 gennaio 1983, n. 38; 12 febbraio 1980 n. 991; 10 novembre 1977, n. 4853; 17 maggio 1975 n. 1945; 16 aprile 1970 n. 1060; 4 dicembre 1969 n. 3867), e, in particolare, di lavoro libero-professionale (sent. n. 2016 del 1985, cit.; 20 dicembre 1978, n. 6124; 21 luglio 1977 n. 1091; 19 aprile 1974 n. 1033; 30 ottobre 1969 n. 3605)”.

Con riferimento, poi, all'asserita violazione dell'art. 41 della Costituzione, si osserva che lo stesso si riferisce allo svolgimento dell'iniziativa economica privata e alla tutela dell'attività imprenditoriale, e non appare, pertanto, applicabile al caso di specie.

E', invece, fondato ed assorbente il rilievo relativo alla violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e logicità (in uno, degli obblighi motivazionali), nei limiti di seguito indicati.

Il Collegio osserva che l'art. 2 comma 1 del d. lgs. n. 163/2006 dispone che “L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”. I suddetti principi sono ribaditi anche dal successivo art. 27, il quale stabilisce che anche i c.d. “contratti esclusi” sono affidati “nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”.

A tutela della qualità delle prestazioni, poi, il legislatore nazionale ha posto specifiche norme volte a garantire che il corrispettivo offerto dall'appaltatore nelle gare pubbliche sia proporzionato e sufficiente rispetto all'oggetto dell'appalto. Ci si riferisce agli articoli 86 e seguenti del d. lgs. n. 163/2006 in materia di verifica dell'anomalia delle offerte, la cui finalità “è quella di evitare che offerte troppo basse esponano l'Amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta, o con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguenza di far sorgere contestazioni e ricorsi. L'appalto deve quindi essere aggiudicato a soggetti che abbiano prestato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore...” (ex multis Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2063 del 15 aprile 2013).

Ancora, “Il meccanismo previsto per l'eliminazione delle offerte ingiustificatamente anomale dal novero di quelle ammesse ad una gara è teso ad evitare che possa risultare aggiudicataria di una gara una ditta che, per l'esiguità del prezzo offerto, non sia poi in grado di assicurare una prestazione adeguata alle esigenze che l'amministrazione vuole soddisfare con l'appalto indetto” (TAR Sicilia, Palermo, Sentenza 07/09/2011 n. 1608).

La ratio del sub procedimento di verifica dell'anomalia è, pertanto, quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento.

Se tanto è vero "a valle" delle procedure di aggiudicazione, a maggior ragione, parallelamente, lo stesso principio deve fondare l'attività della Pubblica Amministrazione "a monte" della procedura stessa, e cioè nella fase dell'individuazione dell'importo determinato proprio dalla stazione appaltante quale corrispettivo del servizio da acquisire.

Nel caso specifico, a fronte della prestazione professionale complessa e specializzata richiesta (si veda l'articolo 2 del bando), l'Istituto scolastico ha previsto un compenso omnicomprensivo (articolo 7 del bando) di euro 1.500,00, manifestamente e palesemente incongruo e inadeguato.

Tanto è ancora più evidente se si considera che il predetto importo include anche le spese vive da sostenere per l'espletamento dell'incarico (spese di viaggio, assicurazione, materiale di consumo, disponibilità di specifici programmi) e, inoltre, che lo stesso incarico deve essere espletato su due plessi scolastici situati in Comuni diversi (Galatina e Galatone), distanti quasi 20 chilometri uno dall'altro.

Sicché l'importo palesemente esiguo offerto potrebbe indurre il professionista ad una non corretta esecuzione dell'incarico ed essere foriera di probabili futuri contenziosi. Ciò è tanto più grave in relazione alla delicatezza dell'oggetto dell'incarico, che coinvolge la vita e la sicurezza degli operatori scolastici e degli alunni.

Il Collegio osserva, inoltre, che la stazione appaltante non ha motivato in ordine alle modalità seguite nella determinazione del compenso. Al riguardo, non è condivisibile il rilievo opposto dall'Istituto resistente relativo alla mancanza di parametri tabellari professionali minimi inderogabili.

Il Collegio non ignora che l'articolo 9 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27, ha disposto, al comma 1, l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico. E' evidente, pertanto, che le stesse non possono essere più indicate nemmeno quale possibile riferimento per l'individuazione del valore della prestazione.

Tuttavia, lo stesso art. 9, al comma 4, pur con specifico riferimento al mercato privato, fornisce indicazioni utili anche per la determinazione dell'importo relativo ai compensi per l'espletamento di incarichi affidati dalle Pubbliche Amministrazioni, stabilendo che, in ogni caso, la misura del compenso "deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi".

Da tale disposizione si ricava che la determinazione dell'importo dell'affidamento non può essere connotata da arbitrarietà: le stazioni appaltanti non possono, quindi, porre a base di gara un importo senza un minimo di analisi che consenta di comprendere le modalità esatte di determinazione dell'importo e senza motivare il percorso tecnico-logico seguito nella determinazione del valore stesso.

L'interpretazione di cui innanzi risulta, altresì, coerente con quanto prescritto dalla lettera d) del comma 1) dell'articolo 264 del d.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui dispone che nel bando di gara devono essere indicate le modalità di calcolo del corrispettivo. Difatti, se il riferimento alla

possibilità di utilizzo delle tariffe professionali è da ritenersi abrogato, è tuttavia da considerare ancora del tutto vigente l'obbligo di illustrare le predette modalità.

A questi fini le stazioni appaltanti non possono limitarsi ad una generica e sintetica indicazione del compenso, ma devono specificare con accuratezza ed analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione, nonché dare conto del percorso motivazionale seguito per la determinazione del suo valore.

Tali principi sono stati espressi anche dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici con la deliberazione n. 49 del 3 maggio 2012.

Nel caso di specie, al contrario, nel bando di gara non vi è traccia alcuna dei criteri di calcolo specificamente utilizzati dall'Istituto per la quantificazione del corrispettivo.

Fermo restando quanto innanzi esposto, la Sezione osserva, infine, che, in extrema ratio, l'Amministrazione avrebbe potuto motivare l'esiguità del corrispettivo fissato anche ricorrendo a giustificazioni di natura diversa, inerenti, ad esempio, la necessità di conciliare l'esiguità delle risorse di bilancio disponibili con l'adempimento di obblighi di legge (quale, appunto, quello relativo alla prevenzione e protezione), o, ancora, la richiesta di collaborazione e disponibilità ai professionisti eventualmente interessati. Tanto avrebbe, altresì, consentito di evitare quella lesione della "dignità professionale", in considerazione della quale l'ordine ricorrente si è determinato a respingere la richiesta della Stazione appaltante di pubblicazione sul proprio albo dell'avviso in questione.

Al riguardo, si richiama il condivisibile ed autorevole orientamento giurisprudenziale, secondo il quale è stata riconosciuta la possibilità della prestazione gratuita per l'attività professionale: in tal senso è la sentenza della Cassazione Civile, 17 agosto 2005, n. 16966, per la quale *"Come più volte affermato da questa Corte (v. Cass. 7741/1999; Cass. 8787/2000), poichè l'onerosità costituisce un elemento normale del contratto d'opera intellettuale, ma non essenziale ai fini della sua validità, è consentita al professionista la prestazione gratuita della sua attività professionale per i motivi più vari che possono consistere nell'affectio o nella benevolentia, o in considerazioni di ordine sociale o di convenienza, anche con riguardo ad un personale ed indiretto vantaggio"*.

Tuttavia, neanche in tal senso l'Istituto Scolastico ha motivato nel bando di che trattasi.

Pertanto, il ricorso è fondato e deve essere accolto per difetto di motivazione dell'atto impugnato.

La complessità e la novità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per difetto di motivazione.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/07/2014

IL SEGRETARIO

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