

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO - ROMA

RICORSO

Per l'**Asmel Consortile s.c. a r.l.** (P.IVA 1223614003), in persona del l.r.p.t., con sede legale in Roma alla Via del Colosseo n. 4, rappresentata e difesa dal *Prof. Avv. Ferdinando Pinto* (C.F. PNTFDN52L16H703R), giusta mandato in calce al presente ricorso e con questo elett.te domiciliato in Roma, presso lo studio del Prof. Avv. Bruno Sassani alla via XX Settembre n. 3, per comunicazioni e/o avvisi di rito fax: 081-8073030, PEC: ferdinando.pinto@ordineavvocatita.it

CONTRO

- **MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI** in persona del Ministro p.t.
- **MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE** in persona del Ministro p.t.

per l'annullamento - previa sospensiva

- del decreto del 12 febbraio 2018, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 16 aprile 2018 avente ad oggetto: "Determinazione della tariffa di iscrizione all'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici e relativi compensi" con particolare riferimento alla fissazione di un compenso minimo come previsto nell'allegato A del decreto;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso al provvedimento impugnato e in particolare di tutti gli atti relativi all'istruttoria - di cui non sono noti gli estremi
- relativi al provvedimento impugnato.

FATTO

L'ASMEL, Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali, nasce nel 2010 sulla scia della ultraventennale esperienza maturata tra i Comuni italiani aderenti al Consorzio ASMEZ.

Scopo dell'associazione è quello di valorizzare l'azione di governo locale attraverso il rafforzamento del "tessuto connettivo" delle autonomie locali estremamente frammentato e caratterizzato da un numero molto elevato di Comuni di piccole e piccolissime dimensioni.

In particolare l'Associazione in questi anni ha promosso azioni volte al miglioramento della qualità dei servizi erogati degli enti associati, specialmente di quelli a tecnologia avanzata, alla realizzazione di economie di scala nella gestione di funzioni, servizi, interventi, programmi, progetti, iniziative e nell'acquisto di beni e servizi, di qui la promozione della costituzione tra gli Enti soci di una autonoma Centrale di Committenza, e al rafforzamento della capacità di rappresentanza e di tutela degli interessi delle diverse comunità.

A partire dal dicembre 2012, inoltre, ASMEL ha anche promosso la costituzione di ASMEL Consortile s.c. a r.l. e, terminata la fase di start-up, ha ceduto interamente la propria partecipazione societaria consentendo ad Asmel Consortile di diventare a tutti gli effetti la maggiore centrale di committenza in house dei Comuni italiani.

Come noto, infatti, il modello dell'in house è riconosciuto dall'art. 37, comma 4 del D.lgs. n. 50/2016 quale strumento idoneo alla centralizzazione per tutti i Comuni non capoluogo.

Una modalità operativa che riconosce la massima autonomia ai Comuni aderenti e sviluppa la centralizzazione telematica come standard di efficienza e trasparenza per le pubbliche amministrazioni aderenti.

Sulla G.U. del 16 aprile 2018 è stato pubblicato Decreto del 12 febbraio 2018 emanato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze avente ad oggetto la "Determinazione della tariffa di iscrizione all'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici e relativi compensi".

A tanto il Ministero si determinava in virtù della attribuzione di cui al comma 10 dell'art. 77 del Codice degli Appalti che al secondo capoverso ha previsto che *"Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'ANAC, e' stabilita la tariffa di iscrizione all'Albo e il **compenso massimo** per i commissari. I dipendenti pubblici sono gratuitamente iscritti all'Albo e ad essi non spetta alcun compenso, se appartenenti alla stazione appaltante"*.

Va sin d'ora evidenziato, tuttavia, che il Ministero - anziché attenersi a quanto espressamente oggetto dell'attribuzione prevedendo un tetto massimo per i compensi dei commissari - ha

disposto anche relativamente ai compensi minimi dei Commissari posti come limite inderogabile al di sotto del quale non si potrà scendere.

Cosa ancor più grave è che nella tabella dei compensi allegata al decreto sono previsti solo tre scaglioni di valore ed il primo, quello minore, è stato così fissato:

- 20.000.000,00 € per gli appalti di lavori - concessioni di lavori;
- 1.000.000,00 € per appalti e concessioni di servizi - appalti di forniture;
- 200.000,00 € per appalti di servizi di ingegneria e di architettura;

Per tutte le tre le tipologie di gara sopra previste è stato previsto per lo scaglione più basso il compenso minimo per ciascun commissario di €. 3000,00 al quale aggiungere i rimborsi spese.

Ora è evidente che, essendo la gran parte dei comuni aderenti all'Asmel enti di piccole dimensione, in cui la maggior parte delle gare sono di importi di gran lunga inferiori allo scaglione minimo per tutte e tre le tipologie di appalti, si determinerà l'impossibilità di procedere, in un equilibrio ragionevole tra valore della procedura e compensi da attribuire ai commissari, a buona parte delle gare necessarie al perseguimento dei fini istituzionali degli stessi come sarà meglio evidenziato nei motivi di ricorso che seguono.

Da tale constatazione, sulla qual si tornerà di seguito, è evidente l'interesse a ricorrere della ASMEL.

Il provvedimento impugnato è, dunque, illegittimo per i seguenti motivi di

DIRITTO

1.ILLEGITTIMITA' - VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 77 COMMA 10 DEL CODICE DEGLI APPALTI - ECCESSO DI POTERE PER ECCESSO DELL'ATTRIBUZIONE DI COMPETENZA ED ERROENITA' DEI PRESUPPOSTI - ARBITRARIETA' - DIFETTO DI ISTRUTTORIA.

Appare di tutta evidenza come il Ministero resistente abbia ecceduto nella "delega" (rectius nell'attribuzione della funzione) ricevuta laddove non si è limitato a prevedere un compenso massimo ma ha previsto anche un compenso minimo.

Come già evidenziato in punto di fatto risulta, pertanto, violato l'art. 77, comma 10, del codice degli appalti che ha concesso "delega" al ministero al solo fine di prevedere un compenso massimo per i commissari.

L'espressione utilizzata di delega del potere amministrativo appare volutamente ampia in quanto la competenza alla determinazione delle tariffe professionali è affidata al ministero con riferimento agli ordini professionali e lo stesso codice degli appalti diversamente declina la materia all'articolo 24 comma 8. Non priva di dubbi è la qualifica dell'atto che può ritenersi rientrare negli atti a contenuto generale o, forse meglio, a contenuto regolamentare pur se non esplicitamente qualificato come tale.

In ogni caso è chiaro che l'intento del Legislatore, nel "delegare" il Ministero, era quello di contenere la spesa per le Commissioni Giudicatrici. In quest'ottica l'aver previsto anche dei compensi minimi contrasta non solo con la cura letterale della norma che fissa i confini della attribuzione ma anche con le ragioni attributive della delega essendo una tale previsione semmai nell'interesse dei soggetti che svolgono la funzione di commissari.

In buona sostanza l'amministrazione era stata autorizzata a normare entro i ristretti limiti della previsione di un compenso massimo al fine di contenere le spese delle commissioni giudicatrici, senza il conferimento di un potere normativo che potesse estendersi anche alla individuazione dei compensi minimi.

E' dato ipotizzare che i motivi dell'"eccesso alla delega" - o se si vuole della semplice legittimità a seconda di come si declina il rapporto tra la disposizione normativa primaria e l'atto impugnato - vadano ricercati nel tentativo di rendere operativo l'istituto dell'Albo dei Commissari gestito dall'Anac attraverso un incentivazione economica degli incarichi attualmente remunerati con compensi quasi irrisori e ben lontani da quelli previsti dal d.m. impugnato. Ma questo finisce per rendere ancor più manifesta l'illegittimità dell'eccesso di delega posto in essere dal M.I.T. che di fatto ha inteso perseguire un fine diverso da quello per cui gli era stata conferita la delega.

Il decreto ministeriale *de quo* è, dunque andato ben oltre i criteri fissati dalla legge integrando il vizio dell'eccesso di potere sotto il profilo dell'arbitrarietà.

E' del tutto ignota in questo senso l'attività posta in essere dalla amministrazione nella determinazione delle tariffe e quali siano gli atti che siano confluiti nell'istruttoria che ne è il presupposto.

2. ECCESSO DI POTERE: ILLOGICITA' - IRRAGIONEVOLEZZA - SVIAMENTO - VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 37 CODICE DEGLI APPALTI

2.1. Il decreto ministeriale impugnato appare illegittimo nella parte in cui, nell'Allegato A, determina la misura dei compensi minimi che vengono fissati per qualsiasi tipologia di appalto in €. 3000,00. Somma alla quale dovranno aggiungersi, per espressa previsione contenuta nello stesso allegato, anche le spese di trasferta.

L'illegittimità della previsione è, tanto più grave, alla luce degli scaglioni previsti nell'allegato A al d.m. riportati in punto di fatto.

Il d.m. impugnato pone, infatti, sullo stesso piano l'attività prestata da una commissione giudicatrice nominata per un appalto di lavori per complessivi €. 20.000.000,00 con quella per un appalto di importo complessivo, ad esempio, di €. 80.000,00.

E' evidente, pertanto, l'illogicità e l'irragionevolezza della previsione di compensi minimi soprattutto alla luce delle distorte conseguenze che potrà provocare nei comuni di piccole dimensione che svolgono quasi esclusivamente gare di importi ben lontani da quelli previsti negli scaglioni minimi dalla tabella A di cui al d.m. impugnato.

L'amministrazione - oltre ad aver posto in essere un eccesso di delega come evidenziato e nei termini di cui al motivo che precede - ha, pertanto, chiaramente viziato il d.m. per eccesso di potere sotto i diversi profili dell'illogicità e dell'irragionevolezza.

Il punto merita un ulteriore approfondimento.

E' un dato di fatto che molte gare bandite dai Comuni sono rese possibili dall'utilizzo di finanziamenti europei FESR per i quali è espressamente previsto, per la loro ammissibilità, che le spese generali siano contenute nel limite massimo del 10/12 %.

Sul punto si riporta quanto stabilito dal manuale FERS della Regione Campania, di cui all'uopo si allega estratto, che alla pag. 38 con riferimento alle spese generali oggi denominate tecniche fa il seguente elenco: *“Rilievi, accertamenti e indagini; spese tecniche relative alla progettazione, alle necessarie attività preliminari, nonché al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alle conferenze di servizi, alla direzione lavori e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, assistenza giornaliera e contabilità, assicurazione dei dipendenti; spese per attività di consulenza o di supporto; spese per commissioni giudicatrici; spese per pubblicità; spese per accertamenti di laboratorio e verifiche tecniche previste dal capitolato speciale d'appalto; collaudo tecnico amministrativo, collaudo statico ed altri eventuali collaudi specialistici”*.

Per prassi consolidata la misura massima del 12 % per le spese tecniche è, dalle amministrazioni comunali, ovviamente rispettata anche nelle gare per le quali non vengono utilizzati fondi europei.

Ora le spese per i compensi dei commissari, così come previste dal d.m. impugnato, non potranno mai essere inferiori a €. 9.150,00 (3.000,00 per i due commissari e 3.150,00 per il presidente). Anzi a queste andrebbero poi aggiunte anche le spese di trasferta essendo espressamente previsto, nell'allegato A che si contesta, che i compensi per i rimborsi spese sono esclusi dal compenso minimo e vanno a questo aggiunti.

Spese che dovendo essere preventivate anteriormente in sede di redazione del quadro economico possono essere forfettizzate nella misura del 20% dell'importo complessivo dei compensi minimi come sopra determinati.

Si giunge, pertanto, per qualsiasi appalto - a prescindere dall'importo anche minimo - ad un costo per il funzionamento della commissione non inferiore a €. 10.980.00.

Con l'immediata conseguenza che - considerando come spese generali i soli costi della commissione la qual cosa ovviamente non è - sarebbe di fatto impossibile bandire tutte le gare di importo inferiore o uguale a €. 91.500,00 euro, perché il costo della Commissione risulterebbe superiore/uguale al 12% fissato, nei manuali della rendicontazione e come viene

di fatto attuato per prassi costante, come limite massimo delle spese generali da inserire nel quadro economico.

Ma, come si è già accennato, il problema è ancor più grave atteso che le spese della commissione sono solo una voce dei molteplici costi per spese generali/tecniche che vanno obbligatoriamente inserite nel quadro economico.

Ora poiché le spese generali (si pensi anche solo a quelle per la redazione dei progetti, per la direzione lavori e per il collaudo) non possono essere azzerate, secondo una previsione scaturente dalla prassi, può ipotizzarsi una riduzione non superiore al 20 % al fine di poter rispettare il d.m. qui impugnato. Dal che discende la conseguenza che in virtù della d.m. in questione non potranno essere esperite gare di importo inferiore a 457.500 euro. In pratica sarà tecnicamente impossibile bandire buona parte delle gare attualmente indette dai Comuni di dimensioni più ridotte.

Nè miglior sorte subiscono i comuni di dimensione medio grandi i quali si troveranno comunque di fronte ad un problema non secondario laddove la reperibilità all'interno del proprio organico di figure professionali adeguate non è affatto agevole anche in virtù delle note incompatibilità, per esempio, con chi ha partecipato alla progettazione o comunque alla strutturazione della gara o ancora con la figura del R.U.P.

All'uopo si allegano alcuni quadri economici relativi a gare espletate in passato al fine di poter verificare come, con il d.m. impugnato, verrebbero sforati i parametri relativi ai costi generali.

2.2. Il d.m. appare integrare il vizio di eccesso potere anche sotto il profilo dello sviamento laddove anziché perseguire un contenimento della spesa delle commissioni giudicatrici prevede dei minimi, peraltro anche per gare di valore contenuto, nell'interesse dei soggetti che saranno chiamati a svolgere le funzioni di commissario.

SULLA SOSPENSIVA

Il danno che deriva dal provvedimento impugnato è evidente.

Basta, infatti, considerare che la gran parte dei comuni associati ASMEL non potranno più legittimamente bandire la quasi totalità delle gare con conseguente paralisi di ogni attività di rilievo dell'Ente.

Non può essere questo l'effetto distorsivo del provvedimento impugnato.

Per contro nessun danno deriverebbe dall'amministrazione dalla sospensione del provvedimento impugnato in quanto l'eventuale provvedimento cautelare avrebbe effetti nei confronti dei commissari e non della pubblica amministrazione.

P.Q.M.

Si conclude per accoglimento del ricorso con ogni ulteriore conseguenza anche in merito alle spese processuali.

Si dichiara che la presente controversia è soggetta al versamento del contributo unificato nella misura di € 650,00.

Li, 15 maggio 2018

Prof. Avv. Ferdinando Pinto