



Ric.259/2006 R.G.R.

Sent. n.698/06 Reg. Sent.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia
costituito da:

Vincenzo Borea Presidente

Enzo Di Sciascio - Consigliere

Oria Settesoldi - Consigliere, relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 259/2006 di Cudini Massimo e Baruchello Gianmario ,
rappresentati e difesi dall'avv. Andrea Cudini, con domicilio eletto
presso la segreteria del T.A.R.;

c o n t r o

EXE S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica
rappresentato e difeso dall'avv Maurizio Conti, con domicilio eletto
presso la segreteria del T.A.R.;

e nei confronti

dello Studio Geotecnico Italiano s.r.l, non costituito in giudizio;

p e r

l'annullamento dei seguenti atti:

- 1) il provvedimento 28.2.2006 di esclusione del costituendo
raggruppamento temporaneo Cudini-Technikos s.r.l. -

Baruchello dalla gara per l'”Affidamento del servizio di redazione di uno studio di fattibilità volto ad individuare i siti ottimali per la realizzazione di due discariche per rifiuti non pericolosi, di progettazione preliminare e definitiva redazione dello studio d'impatto ambientale di n. 2 discariche per rifiuti non pericolosi”

- 2) il provvedimento 27.3.2006 di aggiudicazione provvisoria allo Studio Geotecnico Italiano s.r.l.

nonché tramite i successivi motivi aggiunti impugnatori:

- 1) l'atto di aggiudicazione definitiva di data 29.6.2006 n. 2073/mrz di prot.
- 2) il disciplinare d'incarico successivamente stipulato;

Visto il ricorso, ritualmente notificato e depositato presso la Segreteria;

Visti i successivi motivi aggiunti impugnatori, ritualmente notificati e depositati presso la Segreteria;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della EXE S.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti tutte;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2006 - relatore il Consigliere Oria Settesoldi - i difensori delle parti presenti;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Viene impugnata l'esclusione dalla gara in oggetto disposta nell'assunto che “ il concorrente non ha documentato il possesso del

requisito minimo di capacità tecnico finanziaria di cui all'art. 4 comma 1 lett. c) e art. 4 comma 2 del capitolato".

Vengono dedotti i seguenti motivi:

- 1) Eccesso di potere, violazione di legge e dei principi generali e carenza di motivazione del provvedimento impugnato;

L'esclusione sarebbe stata motivata dalla mancata inclusione nella busta 1 "documentazione amministrativa" dei certificati comprovanti gli incarichi espletati, che invece i ricorrenti si erano limitati ad autocertificare alla luce dell'ambigua formulazione del bando, che si sarebbe espresso in maniera talmente errata ed ambigua da non poter legittimare una decisione di esclusione.

- 2) Eccesso di potere – violazione di legge e dell'interesse pubblico della segretezza dell'offerta e della par condicio; nell'assunto che il bando di gara ed il relativo capitolato, siccome interpretati dalla commissione, con la necessaria inclusione nella prima busta della documentazione di cui all'art. 4, comma 1 lett. c) e comma 2, sarebbe stato redatto in modo tale da violare i principi generali della par condicio e della segretezza dell'offerta perché in tale busta sarebbero così stati inseriti documenti concernenti gli incarichi svolti, con specifica indicazione dei compensi maturati e quindi sarebbe stato reso palese il giro d'affari dei singoli professionisti.

Con motivi aggiunti impugnatori i ricorrenti hanno poi impugnato anche l'aggiudicazione definitiva ed il successivo disciplinare

d'incarico, oltre che per le censure già proposte, anche per i seguenti ulteriori motivi:

3) Violazione e falsa applicazione della legge 155/1989 e dell'art.

1.3. del capitolato di gara. – Eccesso di potere;

Si assume che la procedura sarebbe viziata anche per la mancata esclusione delle società concorrenti Inarco s.r.l. e Studio Aglietto S.r.l., le quali avrebbero presentato offerte economiche inferiori alle vigenti tariffe professionali previste per gli ingegneri e gli architetti.

4) Violazione di legge – Eccesso di potere – difetto di motivazione; nell'assunto che nonostante la pendenza di due ricorsi avverso la procedura in questione si sarebbe proceduto, senza alcuna motivazione se non l'asserita infondatezza dei ricorsi, all'aggiudicazione della gara.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata controdeducendo per il rigetto del ricorso ed eccependone l'inammissibilità per difetto di giurisdizione in considerazione della natura soggettiva della stazione appaltante, nonché l'inammissibilità per tardività del terzo motivo aggiunto.

DIRITTO

Ritiene il Collegio, in via preliminare, che sussista la giurisdizione del giudice amministrativo.

Sostiene al contrario la resistente EXE s.p.a. di non essere tenuta, nella scelta del contraente, al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica sicchè la controversia non rientrerebbe tra quelle devolute

alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 6 della l. 205/2000, a sensi del quale "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale"

Secondo la resistente, infatti, la scelta di effettuare una gara pubblica per la progettazione delle due discariche sarebbe stata dettata da ragioni di mera opportunità senza che essa fosse al riguardo obbligata, perché l'ambito soggettivo di applicazione della legge regionale n. 14/2002 sarebbe ristretto alle società con capitale pubblico partecipate dalle amministrazioni aggiudicatrici "che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza" (art. 3, c. 5) mentre la resistente afferma che la sua attività non "soffre di limitazioni di sorta, per quanto essa sia ispirata anche a funzioni calmieratrici sul mercato e non debba necessariamente rispondere alla logica del massimo profitto economico".

Ritiene invece il Collegio che la partecipazione quasi integralmente pubblica della società EXE s.p.a., oltre che il suo oggetto sociale e la natura delle prestazioni svolte, la rendano a tutti gli effetti un "organismo di diritto pubblico" ai sensi della direttiva Comunitaria

93/37 e della legge regionale n. 14/2002, art. 3, comma 1, per cui essa non poteva esimersi dall'indire una gara ad evidenza pubblica.

Premesso infatti che lo stesso oggetto sociale della EXE spa ribadisce che questa è caratterizzata da “finalità di tipo pubblicistico e di perseguimento di criteri di economicità per i cittadini” e che in conseguenza di ciò potrà nel corso della propria attività di impresa “astenersi dal ricercare il massimo profitto e praticare prezzi, imporre tariffe e richiedere corrispettivi inferiori a quelli correnti di mercato...” si deve ricordare che la attualmente vigente direttiva Dir. 31-3-2004 n. 2004/18/CE, ricalcando quanto già previsto dalla precedente direttiva n. 1993/37 chiarisce che “Per «organismo di diritto pubblico» s'intende qualsiasi organismo:

- a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,
- b) dotato di personalità giuridica, e
- c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”

In sintesi, dunque, affinché sussista un organismo di diritto pubblico è necessario e sufficiente che ricorrano i seguenti elementi: a) possesso di personalità giuridica; b) sussistenza di dominanza pubblica ; c)

perseguimento della soddisfazione di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale.

Di quest'ultimo elemento, in particolare, i sintomi sono l'assenza di criteri imprenditoriali nella gestione (e dunque la possibile mancanza dell'utile di impresa) e lo svolgimento dell'attività non in regime di concorrenza.

Il Collegio ravvisa in capo alla EXF spa la sussistenza di tutti i citati elementi, dal momento che la stessa - come si è già visto - può "astenersi dal ricercare il massimo profitto" dall'attività, così come può "imporre tariffe e richiedere corrispettivi inferiori a quelli correnti sul mercato", cosicchè, il compenso alla sua attività non è necessariamente il risultato di trattative nè cambia a seconda delle condizioni di mercato o dell'incidenza dell'attività concorrenziale delle altre ditte.

Nè possono sorgere dubbi in ordine al requisito della dominanza pubblica, la cui sussistenza nel caso di specie è *ictu oculi* evidente. La presenza delle citate caratteristiche in capo alla EXE spa fa sì che questa debba essere qualificata come organismo di diritto pubblico.

Alla luce di tali considerazioni ed in ragione dell'art. 3 della L.R. FVG n. 14/2002 ("Disciplina organica dei Lavori pubblici) rubricato "Ambito soggettivo di applicazione della legge", il quale afferma che "la presente legge si applica alle amministrazioni aggiudicatrici, ai loro consorzi di diritto pubblico, agli organismi di diritto pubblico, di cui all'art. 1 della direttiva 93/37 CEE", appare evidente che la Exe

spa era soggetto sicuramente tenuto allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dell'incarico in questione.

Pertanto, essendo la società appaltante tenuta alla applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di servizi, la controversia de qua rientra sicuramente tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi della vigente normativa.

Passando ora all'esame del merito del ricorso il Collegio, pur consapevole di avere a suo tempo accolto l'istanza cautelare avanzata in ordine ai motivi aggiunti, ritiene che, melius re perpensa, il ricorso si riveli infondato e debba essere respinto.

Con il primo motivo di ricorso si assume che l'esclusione dalla gara delle parti ricorrenti sarebbe illegittima per un'errata o quantomeno discutibile interpretazione data dalla commissione alle norme di capitolato, le quali conterrebbero una lunga serie di errori grammaticali e disposizioni ambigue che "rendono di fatto opinabile qualsiasi interpretazione".

Osserva peraltro il Collegio che l'art. 7 del capitolato reca un incipit di esemplare ed indiscutibile chiarezza : " A pena di esclusione, la busta con la dicitura "a) documentazione amministrativa" dovrà contenere: ...d) dichiarazione di essere in possesso dei requisiti minimi di capacità finanziaria e tecnica di cui al precedente articolo 4), corredata da una dettagliata tabella dalla quale emerga il livello dei requisiti posseduti e i documenti dai quali evincere le relative specifiche..."

I ricorrenti sono stati esclusi perché “ la società non possiede il requisito minimo di capacità tecnico/ finanziaria di cui all’art. 4 comma 1 lett. c) ed art. 4 comma 2 del capitolato allegato al bando come richiesto all’art. 7 comma 1 lettera d) del medesimo capitolato” (verbale seduta 28 febbraio 2006).

A prescindere dalle illazioni avanzate in ricorso circa una presunta “materializzazione” dei verbali solo molto tempo dopo la richiesta di accesso avanzata dai ricorrenti, - che non hanno pregio alcuno visto che, comunque, i verbali fanno piena prova fino a querela di falso e che, in ogni caso, è fatto notorio che i verbali possono essere materialmente stesi e firmati anche parecchio tempo dopo lo svolgimento di operazioni che inizialmente vengono annotate in maniera informale e successivamente riportate in verbali ufficiali -, non v’è possibilità di dubbio alcuno in ordine al fatto che il capitolato voleva che nella busta A) fosse inclusa della documentazione che nella busta dei ricorrenti non c’era. Gli stessi ricorrenti, non potendo negarlo, tentano di rendere di dubbio significato una norma che è invece chiarissima e di semplicissima comprensione, e dall’asserito errore sintattico consistente nel fatto che all’art. 7 punto d) stava scritto “...corredata da una dettagliata tabella dalla quale emerga il livello dei requisiti posseduti e i documenti dai quali evincere le relative specifiche” anziché “ e **dai** documenti..” tentano di far discendere la conseguenza che bastasse dichiarare nella c.d. autocertificazione di esser in possesso dei richiesti requisiti di idoneità tecnico finanziaria. Peraltro anche a prescindere dal fatto che

l'ambiguità interpretativa è, ad avviso del Collegio, insussistente, tale argomentazione non giova comunque ai ricorrenti perché, in tal caso, avrebbero dovuto far constare nella tabella allegata alla dichiarazione di cui alla lett. d) l'esistenza ed esatta natura dei documenti di cui trattasi, con loro dettagliata elencazione, cosa che non risulta essi abbiano fatto.

Il secondo motivo di impugnazione è inammissibile perché si riferisce al bando ed al capitolato che non sono stati impugnati

Il terzo motivo di ricorso, dedotto con i motivi aggiunti, è inammissibile per carenza di interesse perché, essendo incontestata la legittimità dell'esclusione dei ricorrenti, anche l'eventuale accoglimento della censura relativa alla illegittimità della mancata esclusione di altre due società concorrenti per la presentazione di offerte economiche inferiori alle tariffe professionali non li rimetterebbe comunque in gara, perché comporterebbe la necessità di rinnovazione della procedura da momento successivo a quello della loro già avvenuta esclusione. Allo stesso modo è inammissibile per carenza di interesse l'ultima censura rivolta nei confronti del provvedimento di aggiudicazione.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa comprensivo dei motivi aggiunti impugnatori, lo rigetta.

Condanna i ricorrenti in solido a rifondere a EXE s.p.a le spese e competenze del presente giudizio liquidate in complessivi euro 2.000,00, oltre al contributo unificato che resta a carico dei ricorrenti.

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

Così deciso in Trieste, in Camera di Consiglio, l'11 ottobre

2006.

f.to Vincenzo Borea - Presidente

f.to Oria Settesoldi - Estensore

Depositata nella segreteria del Tribunale

il 26 ottobre 2006

f.to Antonino Maria Fortuna.