

TAR Puglia, Bari, sez. I, 12/6/2008 n. 1480

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1702 del 2007, proposto da C.N.I.P.E.C. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Gualtieri, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Giustino in Bari, via Melo, 185;

contro

A.M.GAS. s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Pierluigi Balducci, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Melo, 114;

nei confronti di

PRAXI s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Luca Alberto Clarizio, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via De Nicolò, 7;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determina presidenziale n. 25 del 30.10.2007, comunicata alla società ricorrente con nota prot. n. 8689 del 6.11.2007, di aggiudicazione in favore della società PRAXI s.p.a. della procedura aperta indetta dall'A.M.GAS s.p.a. per l'affidamento del servizio di espletamento della prova preselettiva dei concorsi pubblici indetti dalla medesima A.M.GAS s.p.a.; nonché, ove occorra, per l'annullamento in parte qua del bando di gara, del capitolato d'oneri e dei verbali di gara della procedura e di altri eventuali provvedimenti conseguenti, connessi e consequenziali, ivi compreso, ove intervenuto, del contratto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.M.GAS s.p.a. e di PRAXI s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2008 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. L'A.M.GAS s.p.a. di Bari, con bando del 27.9.2007, indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di espletamento della prova preselettiva dei concorsi per l'assunzione di personale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta di Euro 105.001,00.

Il bando di gara rinvia espressamente, quanto ai requisiti generali di partecipazione, alle previsioni dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

La ricorrente, seconda classificata, impugnava l'aggiudicazione disposta a favore della PRAXI s.p.a., per i motivi che possono così riassumersi:

1) la PRAXI s.p.a. doveva essere esclusa, ai sensi dell'art. 38, comma 1 – lett. f), del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, per aver commesso grave errore nell'esecuzione di un precedente contratto, avente identico oggetto, con l'Università degli Studi di Napoli "Orientale" (circostanza accertata, in relazione all'esclusione disposta in una successiva gara, con sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 3976/06 confermata dalla decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2245/07); ed in ogni caso, doveva essere esclusa per non aver dichiarato tale precedente nella domanda di partecipazione;

2) il capitolato di gara dettava un formula matematica irragionevole ed illogica, per l'attribuzione dei punteggi sulla parte economica dell'offerta.

Si costituivano A.M.GAS s.p.a. e PRAXI s.p.a., chiedendo il rigetto del ricorso.

L'ordinanza n. 1188/07, con la quale questa Sezione ha accolto la domanda di sospensiva cautelare, era riformata in appello dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 788/08.

Le parti svolgevano ulteriori difese con memorie depositate in vista della pubblica udienza del 9 maggio 2008, alla quale la causa veniva trattenuta in decisione.

2. Deve preliminarmente verificarsi la sussistenza della giurisdizione di questo Tribunale, che la difesa di A.M.GAS s.p.a. contesta sul rilievo che la procedura di gara sarebbe stata indetta per libera scelta della società convenuta, in attuazione del regolamento aziendale interno sugli appalti di valore infracomunitario, in forza di quanto previsto dall'art. 238 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 per i cd. settori speciali.

L'eccezione è priva di pregio.

2.1. Va innanzitutto rilevato che l'appalto de quo, seppure messo a gara da una società a partecipazione pubblica operante nel settore della distribuzione del gas naturale, non rientra nell'ambito di applicazione della Parte Terza del nuovo Codice dei contratti pubblici, recante la disciplina per i settori speciali (artt. 206-ss.), in quanto non direttamente afferente all'attività tipica descritta all'art. 208 del Codice stesso. E' infatti da ritenersi che l'applicabilità della disciplina di cui alla Parte Terza del Codice dei contratti pubblici, relativa ai settori speciali, richieda la contemporanea presenza dell'elemento soggettivo, concernente gli enti che operano nei predetti settori, e di quello oggettivo, inteso come riferibilità della concreta attività, oggetto dell'appalto, al settore speciale di attività (cfr., da ultimo, TAR Emilia Romagna, Parma, 28 maggio 2007 n. 315).

E' chiaro, in tal senso, il disposto dell'art. 238 del Codice, che circoscrive l'applicazione della Parte Terza alle sole procedure di affidamento di appalti sotto soglia comunitaria "che rientrano nell'ambito delle attività previste dagli articoli da 208 a 213", ma tanto non può dirsi per il servizio di espletamento delle prove preselettive per i concorsi pubblici, come tale estraneo al settore speciale del gas e dell'energia termica.

Non è contestata la natura di organismo di diritto pubblico di A.M.GAS s.p.a., società concessionaria del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, istituita ai sensi dell'art. 113 del Testo Unico sugli Enti Locali del 2000.

La verifica sulla giurisdizione deve quindi svolgersi avendo riguardo alla Parte Seconda del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e segnatamente alla disciplina degli appalti di servizi sotto soglia comunitaria.

2.2. Il Collegio non ignora le recenti prese di posizione della prevalente giurisprudenza amministrativa che, adeguandosi all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, ha inteso declinare la giurisdizione sulle controversie relative all'affidamento, da parte di soggetti di diritto privato, di appalti inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria, come tali sottratti all'orbita di applicazione delle direttive di settore (per tutte, Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004 n. 7554).

Si è affermato che la giurisdizione esclusiva in materia è delimitata dall'art 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205, che la riferisce alle 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", con la conseguenza che sulle relative controversie in tanto sussiste la giurisdizione amministrativa in quanto si controverta di una procedura ad evidenza pubblica (disciplinata dalla normativa comunitaria, nazionale o regionale) per la scelta del contraente o del socio, svolta da un soggetto tenuto ad applicare tale normativa. Secondo tale interpretazione, nel caso di affidamento di appalto inferiore alla soglia comunitaria, che l'ente appaltante abbia liberamente preferito disciplinare con una procedura simile a quelle di evidenza pubblica (cd. autovincolo), pur non essendovi obbligato, le relative controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggirebbero alla giurisdizione amministrativa per essere attratte alla competenza del giudice ordinario (Cass., sez. un., 20 novembre 2003 n. 17635).

Si è altresì precisato che, per radicare la giurisdizione amministrativa esclusiva, non è sufficiente che una stazione appaltante sia tenuta, per gli appalti sotto soglia, ad osservare i principi fondamentali del Trattato CE (che in materia sono quelli della libera circolazione delle merci, della libertà e della libera prestazione dei servizi, nonché dei consequenziali principi di parità di trattamento, non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e trasparenza), occorrendo invece l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla

normativa comunitaria; d'altra parte si è ritenuto che, a fronte dei menzionati principi fondamentali del Trattato CE, la posizione della stazione appaltante è di soggezione, mentre la correlativa posizione del soggetto privato che ne lamenta la violazione è di diritto soggettivo, non avendo la stazione appaltante alcun potere autoritativo di disciplina di dette situazioni soggettive, per cui non vi sarebbe alcuna ragione per ritenere che la giurisdizione sulle relative controversie spetti al giudice amministrativo, anche in considerazione di quanto precisato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 204 del 6.7.2004 (che ha escluso la sufficienza, nel vigente assetto costituzionale, del generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia per poterla devolvere in via esclusiva al giudice amministrativo).

2.3. Siffatte conclusioni, ad avviso del Collegio, possono essere rimediale alla luce delle più recenti novità legislative.

In primo luogo, il nuovo Codice dei contratti pubblici contiene una serie di disposizioni, racchiuse nel Titolo II della Parte Seconda (artt. 121-ss.), dedicate alla disciplina dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria. Si è così finalmente colmata la lacuna normativa che sussisteva in special modo per il settore dei servizi, ove l'unico riferimento certo di diritto positivo, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, era rappresentato dalla normativa generale di contabilità di Stato.

L'art. 121, 1° comma, nel disporre che "ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo", opera una sostanziale unificazione della disciplina dei contratti sopra soglia comunitaria con quelli sotto soglia, sancendo l'applicabilità a questi ultimi di gran parte delle norme del Codice. Le procedure semplificate, derogatorie rispetto a quelle di derivazione comunitaria, trovano collocazione per i servizi e le forniture negli artt. 124 e 125 del Codice (che pur demandano la disciplina di taluni istituti all'emanando regolamento governativo).

Orbene, se il Codice dei contratti pubblici contiene disposizioni specifiche di rango legislativo, dirette a regolare le procedure di affidamento degli appalti sotto soglia (sia mediante il rinvio in blocco operato dall'art. 121, sia con la puntuale disciplina degli artt. 122-ss.), non vi è più ragione per affermare che le relative controversie esulino dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, pur accedendo all'interpretazione più rigorosa adottata dalla giurisprudenza in relazione all'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 (nel senso della necessità che l'obbligo di esperire la gara scaturisca da fonte normativa specifica).

Ma vi è di più. Stando al rinvio effettuato dal primo comma dell'art. 121, risulta oggi direttamente applicabile ai contratti sotto soglia l'intera Parte Quarta del Codice, ivi compreso l'art. 244, che a sua volta (riproducendo nella sostanza il tenore dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205) stabilisce che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, 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".

Può pertanto ritenersi che, con il combinato disposto degli artt. 121 e 244 del Codice, il legislatore delegato abbia inteso far chiarezza sia sul piano del diritto sostanziale applicabile agli affidamenti sotto soglia comunitaria, sia sul riparto di giurisdizione, eliminando ogni incongrua suddivisione tra

giudice ordinario e giudice amministrativo in ragione del valore economico dell'appalto posto in gara.

2.4. Sotto diversa angolazione, tale conclusione appare coerente con la crescente permeabilità del diritto amministrativo interno rispetto all'ordinamento comunitario, in special modo nel settore degli appalti e dei servizi pubblici, caratterizzati dalla presenza di soggetti formalmente privatistici ai quali viene attribuita la gestione di risorse e compiti di interesse pubblico. In questo campo, è ben nota l'attenzione del diritto comunitario ad una nozione "sostanziale" di ente pubblico, nella quale rientra pacificamente la società di capitali.

Alla disciplina di tale fenomeno, per lo meno in via di principio, appare rivolto l'art. 1, comma 1 ter, della legge 7 agosto 1990 n. 241 (introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15) che fa obbligo ai soggetti privati "preposti all'esercizio di attività amministrative" di rispettare i principi previsti dal 1° comma dello stesso articolo, tra cui i "principi dell'ordinamento comunitario": tra questi ultimi, come è noto, è possibile annoverare i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza, posti a fondamento della normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici.

Con riguardo agli appalti non direttamente disciplinati dalle direttive del 2004, viene in soccorso dell'interprete il recente atto ricognitivo della Commissione europea, la "Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici" pubblicata nella G.U.U.E. 1 agosto 2006, n. C-179.

Ivi si ribadisce, sulla scorta della consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, che l'aggiudicazione degli appalti pubblici sotto soglia e degli "appalti esclusi" rientra in ogni caso nell'ambito di applicazione del Trattato CE, talché le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi di tale Trattato "... riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (articolo 28 del Trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco".

La Commissione richiama l'attenzione sull'insieme delle norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, individuate dalla giurisprudenza comunitaria, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del Trattato CE: i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza, che "... consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" (Corte Giust. CE, sent. 7 dicembre 2000, C-324/98 – Teleaustria).

La Corte ha infatti esplicitamente affermato che "... sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato" (Corte Giust. CE, ord. 3 dicembre 2001, C-59/00 – Bent Moustén Vestergaard).

In concreto, gli Stati membri devono assicurare anche in occasione dell'affidamento di appalti sotto soglia una sufficiente pubblicità, modalità di aggiudicazione imparziali ed una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, a vantaggio delle imprese potenzialmente interessate all'aggiudicazione.

In proposito, anche prima della “mediazione” compiuta dal legislatore italiano con il novellato art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241, non si dubitava del carattere self-executing di molti articoli del Trattato CE (che assumono rango primario e prevalente nei singoli ordinamenti nazionali) e dell’idoneità delle sentenze della Corte di Giustizia ad integrare il significato e la portata delle norme comunitarie, con efficacia erga omnes, alla stregua di vera e propria fonte del diritto.

Ed anche nella giurisprudenza amministrativa non erano mancate nette e condivisibili affermazioni nel senso della rilevanza espansiva della nozione di organismo di diritto pubblico, anche al di sotto della soglia comunitaria, con immediati riflessi sull’ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1206; TAR Lombardia, Brescia, 26 marzo 2004 n. 254). Anche secondo questo indirizzo, il criterio oggettivo del valore degli appalti non valeva a segnare la distinzione tra un’area regolata dal diritto comunitario ed una regolata da principi diversi, ma semplicemente la rilevanza economica che gli appalti devono avere per essere assoggettati a tutte le norme comunitarie: al di sotto della soglia, il diritto interno è libero di individuare forme di aggiudicazione semplificate, ma non può contraddire i principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione codificati nel Trattato. Il criterio soggettivo di applicazione delle direttive individua, pertanto, i soggetti che sono comunque tenuti al rispetto di un nucleo inderogabile di principi di derivazione comunitaria e la categoria degli organismi di diritto pubblico conserva quindi efficacia anche sotto soglia, per individuare gli enti aggiudicatari che non possono, se non eccezionalmente, abbandonare l’utilizzo di procedure a evidenza pubblica.

Tale orientamento merita oggi rinnovata adesione, sia alla luce della disciplina positivamente introdotta per gli appalti sotto soglia dal Codice dei contratti pubblici, sia per effetto del novellato art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, che indica all’interprete la via della progressiva espansione delle regole dell’azione amministrativa agli atti degli enti di diritto privato titolari di funzioni o servizi pubblici, con conseguente ampliamento delle garanzie per il cittadino e dell’area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

2.5. In conclusione, il Collegio ritiene di interpretare l’art. 244, 1° comma, del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 nel senso che siano attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie insorte in merito all’affidamento di appalti di servizi sotto soglia comunitaria, da parte di soggetti di diritto privato aventi i caratteri dell’organismo di diritto pubblico, tenuti all’indizione di procedure di evidenza pubblica in base alle norme del Trattato CE immediatamente precettive, nonché in base alle norme contenute nel Titolo II della Parte Seconda (artt. 121-ss.) del Codice dei contratti pubblici.

3. Passando al merito del presente ricorso, deve prendersi atto di quanto concordemente affermato dalla difesa di A.M.GAS s.p.a. e di PRAXI s.p.a. nelle memorie depositate in vista della pubblica udienza, nelle quali si dà atto che, pur dopo l’ordinanza n. 788/08 del Consiglio di Stato (che aveva riformato l’ordinanza cautelare di accoglimento emessa da questa Sezione), le parti hanno volontariamente rinunciato a sottoscrivere il contratto d’appalto; quest’ultimo è stato perciò aggiudicato alla ricorrente C.N.I.P.E.C. s.r.l., che lo ha eseguito.

Trattandosi di prestazione non continuativa ed ormai esaurita, ed avendo la stazione appaltante raggiunto tale determinazione non già per compulsus in ottemperanza al provvedimento cautelare del giudice, bensì in accordo con la controinteressata aggiudicataria definitiva, il Collegio ravvisa gli estremi della cessazione della materia del contendere.

Gli indizi di fondatezza del ricorso ed il contegno assunto dalla stazione appaltante in corso di causa, che ha dato piena soddisfazione alla pretesa della ricorrente, consigliano l'integrale compensazione delle spese tra le parti costituite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Prima Sezione, definitivamente pronunciando, dichiara improcedibile il ricorso in epigrafe per cessazione della materia del contendere.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Gianluca Di Vita, Referendario

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/06/2008