



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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 40 del 2008, proposto da: Societa' di Ingegneria 5+1 Agenzia di Architettura alfonso femia e gianluca peluffo S.r.l., in persona del legale rappresentante; Associazione Professionale 5+1 Architetti Associati, in persona del legale rappresentante; Societa' Ausglobe Formula S.p.A., in persona del legale rappresentante; Cubika Plan S.r.l., in persona del legale rappresentante; arch. Mauro Duroux; arch. Nicole Morise; arch. Rossana Oggiani, tutti rappresentati e difesi, congiuntamente e disgiuntamente, dagli avvocati Giuliana Vosa, Paolo Vosa e Rosario Scalise, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo, in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

contro

Servizi Turistici Valdostani S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Francesco Vagnucci e Alessandra Favre, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo, in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Woodhead Interplan S.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo con Dgm Associati, Bonifica S.p.A., Studio Associato Bader e Fumagalli, Seti Ingegneria S.r.l., ITF S.r.l. e A.I. Studio Ingegneri Associati, rappresentata e difesa dagli avvocati Adriano Consol, Antonio

Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo, in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

per l'annullamento

- 1) del provvedimento con il quale il raggruppamento ricorrente è stato escluso dalla gara indetta da Servizi Turistici Valdostani S.p.a., con bando pubblicato nella G.U. della Repubblica Italiana n. 30 del 10 marzo 2008 e nella G.U.C.E. del 7 marzo 2008, per l'appalto dei servizi di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di esecuzione e di direzione, misura e contabilità dei lavori, relativi agli interventi di messa a norma e manutenzione straordinaria del complesso immobiliare ed alberghiero del Grand Hotel Billia di Saint Vincent;
- 2) dei verbali della commissione di gara, tra cui il verbale del 14 maggio 2008;
- 3) della nota del Presidente ed Amministratore delegato della Società Servizi Turistici Valdostani S.p.A. prot. n. 236 del 15 maggio 2008;
- 4) di ogni altro atto comunque connesso, tra cui la determinazione della commissione giudicatrice adottata nella seduta del 26 maggio 2008.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Servizi Turistici Valdostani S.p.a.;

Visto l'atto di intervento ad opponendum di Woodhead Interplan S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2008 il cons. Maddalena Filippi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Oggetto del ricorso è il provvedimento di esclusione del raggruppamento ricorrente dalla gara – indetta da Servizi Turistici Valdostani S.p.a. (con bando

pubblicato nella G.U. della Repubblica Italiana n. 30 del 10 marzo 2008 e nella G.U. dell'Unione Europea del 7 marzo 2008) - per l'appalto dei servizi di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di esecuzione e di direzione, misura e contabilità dei lavori, relativi agli interventi di messa a norma e manutenzione straordinaria del complesso immobiliare ed alberghiero del Grand Hotel Billia di Saint Vincent.

Si espone in fatto nel ricorso che l'esclusione dalla gara è stata disposta - in data 14 maggio 2008 - perché la Commissione di gara ha riscontrato che tre professionisti singoli del raggruppamento ricorrente avevano omesso di produrre la declaratoria in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici).

Si espone ancora che la Commissione di gara, nella seduta del 26 maggio 2008, ha respinto l'istanza di integrazione delle dichiarazioni presentata dal raggruppamento ricorrente.

Nella motivazione del diniego si sottolinea che il completamento delle dichiarazioni si sarebbe tradotto in un'integrazione postuma della documentazione di gara in palese violazione del principio di par condicio.

Avverso il provvedimento di esclusione - impugnato insieme ai verbali di gara e al diniego di integrazione - i ricorrenti deducono violazione della disciplina di gara, violazione di legge sotto diversi profili, difetto di istruttoria e di motivazione.

Si sostiene in particolare che - anche alla luce di quanto previsto dal disciplinare di gara - la sanzione dell'esclusione non può essere adottata nei confronti di quei concorrenti che, come è avvenuto nella specie, hanno prodotto la documentazione richiesta dal bando, ma sono incorsi in meri errori materiali nel rendere alcune dichiarazioni. La commissione - in applicazione del potere-dovere di integrazione di cui all'articolo 46 del codice dei contratti pubblici e di quanto disposto dall'art. 71, comma 3, del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445, in ordine alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e all'atto di notorietà - avrebbe dovuto invitare gli interessati a fornire chiarimenti e a procedere ad una integrazione che non avrebbe comunque inciso sulla par condicio tra i concorrenti.

Servizi Turistici Valdostani S.p.A. si è costituita in giudizio sostenendo l'infondatezza delle censure dedotte e chiedendo il conseguente rigetto del ricorso.

In accoglimento dell'istanza cautelare, con ordinanza n. 14 dell'11 giugno 2008, il raggruppamento ricorrente è stato ammesso con riserva a partecipare alla procedura concorsuale.

In data 27 giugno 2008 la gara è stata aggiudicata – con riserva dell'esito del giudizio – al raggruppamento ricorrente.

In data 3 luglio 2008 è stato depositato l'atto di intervento ad opponendum di Woodhead Interplan S.r.l. in proprio e quale capogruppo del raggruppamento risultato secondo in graduatoria.

Con ordinanza istruttoria n. 11 del 10 luglio 2008 questo Tribunale ha ritenuto necessario – al fine di accertare la sussistenza della giurisdizione amministrativa - acquisire lo statuto di Servizi Turistici Valdostani S.p.A., nonché ogni altra documentazione utile a valutare se la società sia stata costituita “per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”, nonché se la relativa attività sia “finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”, oppure se la relativa gestione sia “soggetta al controllo di questi ultimi”, oppure se il relativo “organo di 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”.

La documentazione richiesta è stata depositata in data 5 agosto 2008.

Come risulta dai verbali prodotti il 3 ottobre 2008 da Servizi Turistici Valdostani S.p.a., la Commissione di gara ha poi accertato la congruità dell'offerta del raggruppamento ricorrente (30 luglio 2008) e ha verificato con esito positivo il possesso, da parte del medesimo raggruppamento, dei requisiti di partecipazione prescritti dal disciplinare di gara (29 agosto 2008).

All'udienza del 15 ottobre 2008 la causa, ulteriormente discussa, è stata trattenuta per la decisione.

2. – Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

2.a - Dall'esame dello statuto di Servizi Turistici Valdostani S.p.a. - depositato in esecuzione dell'ordinanza istruttoria n. 11/2008 - si ricava che oggetto sociale, ai sensi dell'articolo 2, è “l'esercizio dell'industria alberghiera ed ogni altra attività culturale, artistica, sportiva, terapeutica, congressuale, che possa direttamente o indirettamente interessare lo sviluppo turistico in via generale in Italia ed all'estero e particolarmente nella Valle d'Aosta” (comma 1).

La disposizione specifica che a tal fine la società potrà:

“a) intraprendere la costruzione o assumere la gestione e lo sfruttamento di mezzi e di stabilimenti termali e di cura, ristoranti, alberghi, bar, locali di pubblico spettacolo, riserve di caccia e pesca ed ogni altra attività complementare ed accessoria”;

b) svolgere “assistenza tecnica, amministrativa, organizzativa e commerciale a imprese, singole o consorziate”;

c) “svolgere attività immobiliare ed edilizia nella forma più ampia”;

d) “assumere, acquistare, vendere, permutare partecipazioni azionarie e/o quote di società di ogni tipo”.

L'articolo 2 chiarisce poi che “ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale la Società potrà nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge, acquistare, vendere e permutare beni immobili e mobili, curare l'amministrazione degli stessi, chiedere finanziamenti ad aziende e/o istituti di credito e concedere garanzie, fare operazioni finanziarie” (ultimo comma).

2.b – Dalla documentazione acquisita risulta inoltre che – con deliberazione 22 settembre 2006 n. 2774 – la Giunta Regionale ha conferito “mandato alla Finaosta S.p.a., ai sensi dell'articolo 6 della legge regionale 16 marzo 2006, n. 7, di acquisire la partecipazione totalitaria da essa posseduta nella società Servizi Turistici Valdostani S.r.l., in gestione speciale”.

Con la medesima deliberazione, la Giunta Regionale ha identificato la società Servizi Turistici Valdostani S.r.l. “quale unico soggetto acquirente del complesso immobiliare ed alberghiero Grand Hotel Billia, del Centro Congressi e delle pertinenze, nonché [del]la relativa azienda alberghiera”; ha conferito mandato a Finaosta S.p.a. – sempre ai sensi dell'articolo 6 della legge regionale n. 7 del 2006 – di aumentare il capitale sociale della società Servizi Turistici Valdostani S.r.l.; ha stanziato le somme – da trasferire nella gestione speciale di Finaosta S.p.a. – per l'acquisto e la ristrutturazione del complesso alberghiero ed immobiliare Grand Hotel Billia.

Tale gestione speciale è prevista e disciplinata dalla legge regionale 16 marzo 2006, n. 7 (“Nuove disposizioni concernenti la società finanziaria regionale FINAOSTA S.p.A. Abrogazione della legge regionale 28 giugno 1982, n. 16”): ai sensi dell'articolo 4 di questa legge – mentre la gestione ordinaria riguarda interventi che Finaosta S.p.a. pone in essere con mezzi finanziari propri – quella speciale è relativa ad interventi effettuati per conto della Regione, ai sensi dell'articolo 6 della medesima legge.

Quest'ultima disposizione stabilisce che “nell'ambito della gestione speciale, FINAOSTA S.p.A. può effettuare i seguenti tipi di intervento:

a) interventi previsti dall'articolo 5 [quelli propri della gestione ordinaria], quando ciò sia reso necessario da particolari esigenze di carattere economico-sociale;

b) concorso finanziario alla creazione, al potenziamento e al mantenimento di aree attrezzate per l'insediamento di attività produttive, di infrastrutture e servizi di interesse generale;

c) progettazione, costruzione, acquisto, gestione e locazione di immobili”.

2.c – Va rilevato ancora che l'acquisto del complesso alberghiero e immobiliare Grand Hotel Billia da parte della Giunta Regionale è stato autorizzato con legge regionale: l'articolo 9 della legge regionale 3 agosto 2006, n. 15 (“Assestamento del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2006, modificazioni a disposizioni legislative, variazione al bilancio di previsione per l'anno finanziario 2006”) stabilisce infatti che “la Giunta Regionale, per l'acquisto dell'azienda alberghiera, è autorizzata ad acquisire, tramite la gestione speciale di cui all'articolo 6 della l.r. 7/2006, la partecipazione totalitaria di FINAOSTA S.p.a. nella Servizi Turistici Valdostani S.r.l. al valore del patrimonio netto” (comma 4).

3. – Gli elementi di fatto appena evidenziati conducono ad escludere che Servizi Turistici Valdostani S.p.a. possa essere qualificata “amministrazione pubblica”, in quanto tale tenuta all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica, secondo quanto disposto dall'articolo 32 del codice dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'articolo 3, comma 25, dello stesso codice le “amministrazioni aggiudicatrici” sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”.

Servizi Turistici Valdostani S.p.a. non è riconducibile a nessuna delle categorie soggettive pubbliche ricomprese nella definizione di “amministrazione aggiudicatrice”, e neppure può essere qualificata organismo di diritto pubblico.

3.a - Secondo la definizione contenuta nel successivo comma 26 - che richiama quasi testualmente quanto disposto dall'art. 1, paragrafo 9, della Direttiva Comunitaria n. 18/2004 e la nozione già recepita nel nostro ordinamento dalla disciplina dei diversi settori dell'appalto pubblico (art. 1, comma 3, lett. b, del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358; art. 2, comma 6, lett. a, della legge 11 febbraio 1994, n. 109; art. 2, comma 1, lett. a, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157) – è organismo di diritto pubblico “qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

- istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- dotato di personalità giuridica;
- 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 di 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”.

I tre requisiti – come chiarito dalla giurisprudenza – hanno carattere cumulativo (Corte di Giust., CE, 15 gennaio 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria; Cass. Civ., SU, 4 aprile 2000, n. 97; Cons. St., Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2764).

3.b – Nessun dubbio che, con riguardo al caso di specie, sussistano i requisiti della personalità giuridica e della sottoposizione ad influenza pubblica: come già evidenziato, il capitale sociale di Servizi Turistici Valdostani S.p.a. – persona giuridica in quanto società per azioni – appartiene a Finaosta S.p.a. che lo gestisce per conto della Regione.

3.c. - Non sussiste invece il requisito teleologico.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale che si è venuta consolidando, tale accertamento richiede una duplice verifica, concernente in primo luogo l'elemento positivo – il carattere generale del fine perseguito – e in secondo luogo l'elemento negativo – il carattere non industriale o non commerciale del fine stesso: l'accertamento circa l'istituzionale perseguimento di finalità di interesse generale non è infatti sufficiente ai fini della qualificazione come organismo di diritto pubblico, essendo necessaria l'ulteriore e distinta verifica circa il carattere non commerciale ed industriale di tali finalità (Cons. St., sez. VI, 17 settembre 1998, n. 1267, Cass. Sez. Un., 4 aprile 2000, n. 97, e Corte di Giustizia 10 maggio 2001, in cause riunite C-299/99 e 260/99, tutte concernenti il caso Ente Fiera di Milano).

Quanto all'elemento positivo, la Corte di Giustizia ha chiarito che è sufficiente la verifica della mera idoneità di un'attività a soddisfare le esigenze di una pluralità di soggetti diversi dall'ente socio (10 maggio 2001 cit.), mentre non deve ritenersi necessaria né la configurazione dell'attività in termini di servizio pubblico, né il conferimento di poteri pubblici o il trasferimento di diritti speciali od esclusivi (10 novembre 1998, causa 360/96, caso Ara BFI Holding)

Quanto invece alla verifica circa la sussistenza dell'elemento negativo – la natura non commerciale o industriale dei “bisogni” (come letteralmente dispone la norma) o delle “attività” (come sembra più corretto intendere, seguendo una interpretazione sistematica) – la giurisprudenza comunitaria è andata orientandosi verso un approccio fattuale, nel senso di ritenere necessario un esame in concreto dell'operatività del soggetto (Corte di Giustizia CE, 22 maggio 2003, causa C-18-01, caso Taitotalo Oy).

A tal fine, secondo questa giurisprudenza, i fattori che vanno presi in considerazione sono quelli volti a verificare in particolare:

- a) se il soggetto opera in normali condizioni di mercato;
- b) se il soggetto persegue scopi di lucro;
- c) se il soggetto subisce le perdite commerciali connesse all'esercizio della sua attività.

Questo orientamento muove dal rilievo che - in un contesto concorrenziale - un soggetto che persegua uno scopo di lucro e che assuma i rischi connessi alla propria attività, non si lascia guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, ma procede ad affidamenti che rispondono rigorosamente alle ferree leggi del mercato e si impegna solo a condizioni economicamente giustificate, nel rispetto quindi dei principi di trasparenza e non discriminazione sui quali si fonda la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

A tale orientamento si è adeguata la giurisprudenza interna che rileva come sia da escludersi il carattere commerciale e industriale dei bisogni “non . . . suscettivi. . . di soddisfacimento mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi connotata da imprenditorialità o scopo di lucro” (Cass. Civ., S.U. 4 maggio 2006, n. 10218; v. anche 8 febbraio 2006, n. 2637; 4 aprile 2000, n. 97).

3.d - Con riguardo al caso di specie, l'insussistenza del requisito teleologico emerge senz'altro in relazione ad almeno uno degli elementi che ne compongono l'endiadi.

3.d.1 - Sotto il primo profilo (elemento positivo), si osserva che, anche dopo l'acquisizione della partecipazione totalitaria di Finaosta S.p.a. in gestione speciale, la disposizione statutaria concernente l'oggetto sociale di Servizi Turistici Valdostani S.p.a. - che come si è visto consente lo svolgimento, nella forma più ampia, di attività immobiliare, edilizia e di industria alberghiera - contiene un unico riferimento a finalità pubbliche o di interesse generale: l'esercizio dell'industria alberghiera è infatti finalizzato allo “sviluppo turistico in via generale in Italia ed all'estero e particolarmente nella Valle d'Aosta” (v. articolo 2 dello statuto

prodotto che - pur privo di data - indica la Servizi Turistici Valdostani nella nuova forma di società per azioni, e non più in quella di società a responsabilità limitata).

Non può invece ritenersi finalità pubblica o di interesse generale il “consolidamento ed il rilancio della Casa da gioco di Saint-Vincent”, finalità richiamata nella deliberazione della Giunta Regionale n. 2774 del 2006: come questo Tribunale ha già avuto occasione di sottolineare, lo scopo di gestire una casa da gioco non risponde a finalità di interesse generale (T.A.R. Valle d’Aosta, 15 novembre 2007, n. 140).

Neppure rileva in tal senso la deliberazione con cui la Giunta Regionale ha approvato il “piano degli interventi di messa a norma e di manutenzione straordinaria del complesso immobiliare ed alberghiero Grand Hotel Billia” (deliberazione 16 novembre 2007, n. 3150): un tale piano non basta infatti per ritenere che Servizi Turistici Valdostani S.p.a. sia stata costituita per “soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale”.

3.d.2 – E’ comunque certamente insussistente l’elemento negativo del requisito finalistico.

Le disposizioni statutarie sulla nomina degli organi, sulla ripartizione degli utili, sulla gestione del capitale sociale, la mancanza di clausole derogatorie in punto di perdite commerciali, non consentono infatti di ritenere che Servizi Turistici Valdostani S.p.a. si muova al di fuori di un contesto concorrenziale.

4. – E’ di conseguenza da escludere che l’obbligo, per tale società, di rispettare le procedure ad evidenza pubblica, discenda dall’articolo 32, lettera c), del codice dei contratti pubblici: tale disposizione – che riguarda le stazioni appaltanti che, come nella specie, siano società a capitale interamente pubblico e non siano organismi di diritto pubblico – si applica infatti quando “oggetto della loro attività [sia] la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza”.

Nemmeno risulta – va da ultimo osservato - che Servizi Turistici Valdostani S.p.a. abbia agito in veste di concessionaria o comunque di soggetto che opera in virtù di diritti speciali o esclusivi ad esso concessi dall’autorità competente.

5. – Conclusivamente, va esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo in applicazione dell’art. 244 del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale <<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>>.

6. – Va quindi dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Considerato che il difetto di giurisdizione è emerso a seguito della produzione documentale disposta da questo tribunale, e non è stato eccepito dalle parti resistenti, le spese e le competenze di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Compensa interamente tra le parti le spese e le competenze del giudizio.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2008 con l'intervento dei Magistrati

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Turco, Presidente

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO