

ANCHE GLI APPALTI PUBBLICI DI MODESTO VALORE ECONOMICO NON SONO ESCLUSI DALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO: DISCRIMINAZIONI FONDATE SULLA NAZIONALITÀ, LIBERTÀ DI PRESTAZIONE DI SERVIZI E TUTELA DELLA CONCORRENZA

APPLICAZIONE DELL'ART. 2043 COD. CIV. PER IL RICONOSCIMENTO DEL RISARCIMENTO DEL DANNO INGIUSTO E VALUTAZIONE EQUITATIVA, EX ART. 2056 COD. CIV, DEL DANNO ECONOMICO NEL 5% DEL PREZZO DELL'AGGIUDICAZIONE

Sintesi di T.A.R Puglia- Seconda Sezione di Lecce – Sentenza n. 5259 del 24 luglio 2003

Parole chiave:

Appalto di servizi/appalti di opere – anche sottosoglia devono essere rispettate la non discriminazione, la parità di trattamento e la trasparenza

Risarcimento del danno – in forma equivalente – piena applicazione del concetto del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ. – immotivata esclusione dalla partecipazione per mancanza di invito – dimostrazione del possesso dei requisiti per l'esecuzione dell'appalto da parte della ditta non interpellata - evidente la lesione dell'interesse legittimo della ricorrente a concorrere per l'affidamento del servizio - comportamento colposo del Comune – presenza del danno economico (cd. perdita di chance) - valutato equitativa ex art. 2056 C.C. - 5% del prezzo di aggiudicazione

Collegamenti normativi – estensione di una norma della L. n. 2248 All. F del 1865 in tema di appalti di lavori, anche agli appalti di servizi – art. 340 – disposizione sopravvissuta all'art. 231 del dpr. 554/99 regolamento di attuazione della L. 109/94 s.m.i. (cd. Legge Merloni)

Riferimenti di legge:

Legge 20 marzo 1865, n. 2248 (allegato F) Legge sulle opere pubbliche

“(…) art. 340

1. L'Amministrazione è in diritto di rescindere il contratto, quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate.
2. In questi casi l'appaltatore avrà ragione soltanto al pagamento dei lavori eseguiti regolarmente, e sarà passibile del danno che provenisse all'Amministrazione dalla stipulazione di un nuovo contratto, o dalla esecuzione d'ufficio.”

Esito del giudizio:

Il Tar accoglie il ricorso e la domanda risarcitoria nei limiti indicati in motivazione.

Correlazione con altri provvedimenti

Il ministero per le politiche comunitarie nella persona del suo responsabile, ministro Buttiglione, con la circolare numero 8756 del 6 giugno 2002 ha inteso porre alcuni fondamentali principi in tema di normativa applicabile agli appalti pubblici "sottosoglia"

Alcuni contratti di appalti, sebbene per il loro modesto importo risultino essere esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie, sono comunque soggetti ad alcuni fondamentali principi di diritto primario dettati dal Trattato CEE quali ad esempio:

- il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità';
 - la parità' di trattamento;
- le norme relative alla libera circolazione delle merci,

- le norme relative alla libertà' di stabilimento;
- le norme relative alla libera prestazione di servizi;
 - il rispetto del principio di trasparenza

a cui le amministrazioni devono adeguare il proprio operato.

In conclusione un invito da parte del dipartimento redattore della circolare rivolto tutte le amministrazioni interessate a conformarsi alle ricordate prescrizioni in sede di stipulazione di contratti sottosoglia e gestione delle relative procedure selettive, nonché una segnalazione che sottolinea come le inosservanze delle regole comunitarie sopra descritte potrebbero rendere lo Stato italiano destinatario di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea ed imporre l'attivazione di consequenziali provvedimenti.

Conseguenze operative:

All'accoglimento del ricorso consegue l'annullamento dei provvedimenti impugnati e l'accoglimento della domanda di risarcimento danni in forma equivalente, sussistendo tutti i requisiti dell'art. 2043 C.C.: infatti, dalle considerazioni sopra esposte emerge in modo evidente la lesione dell'interesse legittimo della ricorrente a concorrere per l'affidamento del servizio di pulizia delle spiagge, il comportamento colposo del Comune resistente (il quale senza alcun motivo non ha invitato alla gara ufficiosa espletata il 12.6.2003 la Cooperativa ricorrente, nonostante avesse ricevuto con congruo anticipo in data 10.3.2003 un'esplicita richiesta in tal senso da parte della ricorrente) ed il danno economico (cd. perdita di chance) causato dall'illecito comportamento del Comune, il quale viene valutato equitativamente ex art. 2056 C.C. dal Collegio nel 5% del prezzo di aggiudicazione, tenuto conto che alla gara ufficiosa ha partecipato soltanto l'ATI aggiudicataria e che ai sensi dell'art. 345 L. n. 2248 All. F del 1865 (norma estensibile anche agli appalti di servizi) l'utile di impresa, quantificato forfettariamente dal Legislatore nel caso di risoluzione unilaterale del contratto d'appalto da parte dell'Amministrazione in assenza di colpe da parte dell'appaltatore, ammonta la 10% del prezzo offerto dall'aggiudicatario.

Sarà successivamente compito dell'amministrazione comunale, segnalare al Procuratore Regionale della Corte dei Conti, l'avvenuta diminuzione del patrimonio pubblico.

In caso di accertata colpa grave o dolo da parte del Responsabile del Procedimento o di altri soggetti coinvolti, il giudice contabile addebiterà il relativo danno erariale in capo ai singoli: rischio che può essere coperto attraverso la sottoscrizione di una polizza per la responsabilità amministrativa, con pagamento a carico (unicamente) delle persone fisiche.

REPUBBLICA ITALIANA TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA
LECCE SECONDA SEZIONE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Visto il ricorso 1362/2003 proposto da:

contro

COMUNE DI PORTO CESAREO

Rappresentato e difeso da:

MARZANO COSIMO

Con domicilio eletto in LECCE

Presso la SEGRETERIA di questo TRIBUNALE

E nei confronti di

**** AMBIENTE S.r.l.,

nella qualità di mandataria dell'ATI ****- Mello Lucio,
Non costituita
per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- della deliberazione di G.C. di Porto Cesareo n. 72 del 26.5.2003, nonché delle determinazioni del responsabile del Settore VI – Ufficio Tecnico n. 508 del 28.5.2003, n. 556 del 12.6.2003, n. 557 del 12.6.2003, aventi ad oggetto le due gare di appalto per l'affidamento del servizio di pulizia spiagge di Porto Cesareo per l'anno 2003, nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e/o consequenziali e, in particolare, dei 2 verbali di gara del 12.6.2003 e delle due note prot. n. 9449 e prot. n. 9450 del 28.5.2003 di indizione delle due gare, nonché degli eventuali provvedimenti di aggiudicazione definitiva, di estremi sconosciuti;
- per il risarcimento del danno.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

COMUNE di PORTO CESAREO

Udito nella Camera di Consiglio del 23 luglio 2003 il relatore Ref. PASQUALE MASTRANTUONO e uditi altresì per le parti gli Avv.ti Antonio Zecca e Cosimo Marzano;

Considerato che nel ricorso sono dedotti i seguenti motivi:

- Violazione di legge, falsa ed erronea interpretazione e applicazione artt. 3 segg. R.D. 18 novembre 1923, n. 2240, ed artt. 36 segg. R.D. maggio 1924, n. 827;
- Violazione dei principi in materia di evidenza pubblica con riferimento alle gare in tema di pubblicità, partecipazione e massima concorrenzialità;
- Violazione del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per manifesta illogicità dell'azione amministrativa;

Considerato che:

- in via preliminare va dichiarato l'interesse a ricorrere della Cooperativa ricorrente, attesochè la stessa con l'esibizione del certificato CCIAA ha dimostrato che nel suo oggetto sociale risulta compresa anche la "pulizia degli arenili", per cui la stessa, possedendo i requisiti per eseguire tale servizio e per partecipare alla gara ufficiosa indetta dal Comune, risulta titolare di un'aspettativa differenziata e qualificata, che la abilita a sindacare la legittimità dei provvedimenti impugnati: inoltre, la ricorrente ha provato di essere stata contattata dal Comune resistente lo scorso anno 2002 per l'affidamento del medesimo servizio di pulizia delle spiagge;
- nonostante l'importo complessivo delle due indagini di mercato espletate (una relativa al litorale da Penisola Strea a Torre Lapillo ed un'altra relativa al litorale da Torre Lapillo a Punta Prosciutto) sia di valore inferiore alla soglia comunitaria, va messo in rilievo che, anche se tali procedimenti di evidenza pubblica non sono soggetti alla disciplina delle Direttive Comunitarie (nella specie Direttiva n. 50/1992, recepita con D.Lg.vo n. 157/1995), ai sensi di una recente giurisprudenza del giudice comunitario viene puntualizzato che anche gli appalti pubblici di modesto valore economico non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, essendo pacifico che le Amministrazioni che li stipulano sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato, come per es. le norme che vietano le discriminazioni fondate sulla nazionalità, le norme relative alla libertà di prestazione di servizi ed alla tutela della concorrenza (cfr. per es. Corte di Giustizia Sent. 7.12.2000 in Causa n. 324/1998: sul punto si osserva che le statuizioni interpretative della Corte di Giustizia al pari della normativa comunitaria entrano a far parte dell'ordinamento comunitario e sono direttamente applicabili negli Stati membri): tale orientamento del Giudice

Comunitario è stato recepito anche dal Consiglio di Stato, il quale ha statuito che negli appalti sotto soglia il rispetto dei principi comunitari, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento e la trasparenza, impone una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (cfr. sentenze indicate nella Circolare Ministro per le Politiche Comunitarie n. 8756 del 6.6.2002, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 178 del 31.7.2002, la quale invitava tutte le Pubbliche Amministrazioni a consentire la partecipazione di tutte le imprese richiedenti alle procedure di affidamento degli appalti di servizi sotto la soglia comunitaria);

- nella specie, tenuto conto che la locale Cooperativa ricorrente (con sede in Porto Cesareo) con due note del 10.3.2003 ha dichiarato la propria disponibilità ad effettuare il servizio di pulizia degli arenili (come già aveva fatto nell'anno precedente), risulta ingiustificata l'esclusione della ricorrente dalla gara ufficiosa impugnata, alla quale il Comune ha invitato 15 ditte, tutte con sede al di fuori del territorio comunale, ed ha partecipato soltanto l'ATI controinteressata, la quale si è aggiudicata entrambi gli appalti, offrendo un ribasso dell'1%;
- per inciso si osserva pure che ai sensi dell'art. 24 L. n. 289/2002 i Comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti per l'aggiudicazione degli appalti di servizi di valore superiore ai 50.000,00 Euro devono espletare procedure aperte o ristrette e che i contratti pubblici non possono essere artificiosamente frazionati allo scopo di sottrarli alla disciplina comunitaria, nazionale o regionale in materia di procedimenti di evidenza pubblica;
- all'accoglimento del ricorso consegue l'annullamento dei provvedimenti impugnati e l'accoglimento della domanda di risarcimento danni in forma equivalente, sussistendo tutti i requisiti dell'art. 2043 C.C.: infatti, dalle considerazioni sopra esposte emerge in modo evidente la lesione dell'interesse legittimo della ricorrente a concorrere per l'affidamento del servizio di pulizia delle spiagge, il comportamento colposo del Comune resistente (il quale senza alcun motivo non ha invitato alla gara ufficiosa espletata il 12.6.2003 la Cooperativa ricorrente, nonostante avesse ricevuto con congruo anticipo in data 10.3.2003 un'esplicita richiesta in tal senso da parte della ricorrente) ed il danno economico (cd. perdita di chance) causato dall'illecito comportamento del Comune, il quale viene valutato equitativamente ex art. 2056 C.C. dal Collegio nel 5% del prezzo di aggiudicazione, tenuto conto che alla gara ufficiosa ha partecipato soltanto l'ATI aggiudicataria e che ai sensi dell'art. 345 L. n. 2248 All. F del 1865 (norma estensibile anche agli appalti di servizi) l'utile di impresa, quantificato forfettariamente dal Legislatore nel caso di risoluzione unilaterale del contratto d'appalto da parte dell'Amministrazione in assenza di colpe da parte dell'appaltatore, ammonta la 10% del prezzo offerto dall'aggiudicatario.

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso e della domanda risarcitoria nei limiti indicati in motivazione.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

Ritenuto l'affare ai fini della decisione di merito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 9 della Legge n. 205 del 2000;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Seconda Sezione di Lecce

ACCOGLIE il ricorso e la domanda risarcitoria nei limiti indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce, nella Camera di Consiglio del 23 luglio 2003