



REPUBBLICA ITALIANA

Sent.n. 1508/2004

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Ric. n. 290/2004

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 290/2004 proposto dal signor Marcello Ariu rappresentato e difeso per procura a margine dell'atto introduttivo del giudizio dall'avv. Piero Corda ed elettivamente domiciliato in Cagliari, via Grazia Deledda n. 39, presso lo studio del medesimo legale,

contro

- il Comune di Arbus, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso per procura a margine dell'atto di costituzione dall'avv. Raffaele Gallus Cardia ed elettivamente domiciliato in Cagliari, via Cugia n. 35, presso lo studio del medesimo legale,
- il Responsabile del Servizio settore commercio e attività produttive del Comune di Arbus, non costituito in giudizio,
- la Commissione di gara per la concessione in gestione dello stabilimento balneare Torre dei Corsari, in Arbus, in persona del Presidente, non costituito in giudizio,

e nei confronti

della società CO.S.T.A. – Piccola Soc. Cooperativa Servizi Turistici Arburese a r.l., in persona del legale rappresentante in carica,

rappresentata e difesa per procura a margine dell'atto di costituzione dagli avv.ti Eulo e Paolo Cotza ed elettivamente domiciliata in Cagliari, Piazza Michelangelo n. 14, presso il loro studio legale,

per l'annullamento

- del verbale della Commissione di gara del 21 gennaio 2004, nella parte in cui ha escluso la ricorrente dalla gara sopra specificata per la mancanza nell'oggetto sociale rilasciato dalla C.C.I.A.A. dell'attività "Gestione servizi e parcheggi" e disposto l'ammissione alla gara e l'assegnazione provvisoria alla società controinteressata;
- della determinazione del 30 gennaio 2004 n. 400/11 con la quale il Responsabile del Servizio settore commercio e attività produttive del comune di Arbus ha approvato il verbale di gara e disposto l'aggiudicazione definitiva alla società controinteressata;
- di ogni altro atto ad essi presupposto, conseguente o connesso,

nonché

per la dichiarazione di nullità del contratto stipulato tra il Comune di Arbus e la società CO.S.T.A. – Piccola Soc. Cooperativa Servizi Turistici Arburese a r.l.,

e, in via subordinata

per l'annullamento del bando di gara del pubblico incanto sopra specificato, nella parte in cui la clausola di cui al punto 14.3 dovesse intendersi limitatrice della possibilità del ricorrente di partecipare alla gara medesima.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e della società controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Primo Referendario dott. Tito Aru;

Uditi alla pubblica udienza del 6 ottobre 2004 l'avv. Piero Corda per il ricorrente, l'avv. Paolo Cotza per la società controinteressata e l'avv. Francesco Gallus in sostituzione dell'avv. Raffaele Gallus Cardia per l'Amministrazione resistente;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con il ricorso in esame, notificato il 3 marzo 2004 e depositato il successivo giorno 11, il signor Marcello Ariu espone di aver partecipato alla gara per pubblico incanto indetta dal Comune di Arbus per la concessione in gestione dello stabilimento balneare in località Torre dei Corsari, per la durata di 9 anni, con offerte in aumento rispetto al prezzo a base d'asta del canone annuo di euro 10,000,00 IVA esclusa.

Senonchè, dopo essere stato in un primo tempo ammesso alla selezione, ne veniva successivamente escluso "...in quanto dal certificato rilasciato dalla Camera di Commercio in data 16 gennaio 2004 non risulta abbia nell'oggetto sociale la dicitura "Gestione servizi e parcheggi" (verbale della commissione giudicatrice del 21 gennaio 2004).

La gara veniva quindi aggiudicata alla controinteressata società CO.S.T.A. – Piccola Soc. Cooperativa Servizi Turistici Arburese a r.l., unica offerta ritenuta valida, che aveva presentato un'offerta pari a euro 15.090,00 annui, IVA esclusa.

Avverso gli atti specificati in epigrafe il sig. Ariu ha presentato il ricorso in esame affidato ai seguenti motivi:

Violazione del bando ed errata interpretazione di legge – Eccesso di potere per travisamento dei fatti – Contraddittorietà manifesta: se il certificato o l'autocertificazione richiesta dal punto 14.3 del bando dovevano riguardare l'attività in concreto svolta dalle imprese partecipanti, allora anche la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara in quanto nella domanda di partecipazione si era limitata ad indicare l'oggetto sociale. In ogni caso, l'anzidetta prescrizione non doveva affatto intendersi nel senso di prescrivere necessariamente che le imprese fossero già iscritte o che già svolgessero tale l'attività specifica di gestione servizi e parcheggi, non essendo ciò espressamente richiesto dal bando che si limitava a chiedere l'iscrizione per attività attinente a quella oggetto dell'appalto.

In realtà, sempre ad avviso del ricorrente, la prescrizione del bando sul punto, non richiedendo l'iscrizione per l'attività in concreto esercitata, doveva riferirsi alla possibilità per le imprese partecipanti di svolgere il servizio oggetto della gara (ossia nel senso di richiedere l'iscrizione nel registro delle imprese con l'indicazione di un oggetto sociale comprendente anche l'esercizio dell'attività oggetto della gara).

In tal senso il ricorrente, operante nella forma dell'impresa individuale, non subirebbe le limitazioni delle imprese costituite in forma di società che sono legittimate a svolgere solo le attività comprese nell'oggetto sociale riportato nell'atto costitutivo.

Concludeva quindi il ricorrente chiedendo, previa sospensione, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, nonché la dichiarazione di

nullità del contratto stipulato tra il Comune di Arbus e la società CO.S.T.A.; con ogni consequenziale pronuncia anche in ordine alle spese del giudizio.

Per resistere al ricorso si sono costituite le controparti intimiate che, con articolate memorie difensive, hanno replicato alle argomentazioni del ricorrente concludendo, infine, per la reiezione del gravame, vinte le spese.

In particolare la società controinteressata, contestualmente alle difese, ha proposto ricorso incidentale ritenendo illegittimo il provvedimento di esclusione oggetto di gravame, nella parte in cui non motiva l'esclusione della ricorrente anche per carenza del requisito di professionalità necessaria, espressamente richiesto per lo svolgimento dei servizi contemplati nel disciplinare.

Con ordinanza n. 139 del 17 marzo 2004 il Tribunale adito, senza sospendere l'esecuzione degli atti impugnati, ha fissato direttamente la discussione del merito della causa, in vista della quale le parti hanno integrato con memoria le rispettive difese.

Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2004, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Il bando di gara, al punto n. 5, indicava le caratteristiche generali della concessione da assegnare, precisando che essa concerneva la “gestione dello stabilimento balneare, del servizio relativo al lido comunale e la gestione del parcheggio a pagamento istituito a Torre dei Corsari”.

Tra i requisiti di ammissibilità alla gara veniva richiesto (punto 14.3 del bando) il “*Certificato di iscrizione alla Camera di Commercio attinente*

l'oggetto dell'appalto, ovvero gestione servizi e parcheggio...".

La commissione ha ritenuto di escludere il ricorrente dalla gara in quanto il certificato camerale presentato recava solo l'iscrizione per l'attività bar ristorante, senza comprendere cioè anche il servizio gestione parcheggi.

Il Collegio, anzitutto, condivide la ricostruzione della difesa della controinteressata circa la natura complessa dell'oggetto della gara, ma ritiene che nel caso di specie anziché l'esclusione della ricorrente, sulla base di una clausola del bando dal contenuto oscuro o quanto meno suscettibile di diverse interpretazioni, ben dovesse richiedersi, da parte dell'amministrazione appaltante, l'applicazione del principio generale della massima partecipazione.

Ed invero la richiesta di un certificato camerale "attinente l'oggetto dell'appalto", in presenza come detto di un oggetto di gara variegato e complesso, non vuol dire necessariamente ed indubitabilmente iscrizione camerale per tutte le componenti del servizio bensì, come sostenuto dal ricorrente nelle sue difese, iscrizione per un'attività "attinente" l'oggetto dell'appalto e suscettibile di estendersi anche alle altre sue componenti.

E ciò, soprattutto, in un appalto come quello in esame nel quale le attività complementari a quella di gestione del bar – ristorante, per la quale il ricorrente possiede l'iscrizione richiesta, si caratterizzano per la loro semplicità organizzativa e per la mancanza di significativi contenuti tecnici.

Sotto questo profilo non appare decisivo il richiamo operato dalla controinteressata alla sentenza di questo TAR Sardegna del 25 luglio 2003 n. 913, perché in quel caso la prescrizione della *lex specialis* chiedeva

proprio l'iscrizione per la specifica attività da appaltare, ponendosi in tal caso l'iscrizione come requisito inderogabile di partecipazione.

Nel caso in esame, invece, il tenore fortemente equivoco della clausola del bando disciplinante i requisiti di partecipazione avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione ad ammettere la ricorrente in applicazione del noto principio per il quale, nei casi in cui clausole o prescrizioni del bando di gara siano incomplete o poco chiare così da renderne effettivamente incerta o dubbia la loro interpretazione, deve essere preferita quella che comporta la partecipazione alla gara del maggiore numero possibile di imprese (per tutte, Consiglio Stato sez. V, 12 ottobre 2001, n. 5397).

La fondatezza del ricorso principale comporta la necessità di esaminare il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata che, tuttavia, si rivela infondato.

Si assume infatti che l'impresa Ariu si sarebbe dovuta comunque escludere dalla procedura concorsuale per la mancanza del requisito della necessaria professionalità per l'espletamento dei servizi, pure richiesto dal bando di gara.

Più precisamente la controinteressata sostiene che la ricorrente non disporrebbe delle unità lavorative necessarie allo svolgimento dell'attività oggetto dell'appalto.

Senonché, a concludere per l'infondatezza dell'impugnazione incidentale va osservato che il requisito in questione, al momento della partecipazione ad una gara come quella in esame, nella quale il contenuto della prestazione richiesta è privo di elementi di complessità tali da richiedere negli addetti una particolare qualificazione tecnica, va

necessariamente considerato in termini di mera potenzialità all'espletamento del servizio.

Solo in caso di aggiudicazione della gara, infatti, se del caso mediante la conclusione di nuovi rapporti di lavoro anche stagionali, eventualmente in numero anche superiore rispetto all'unità già obbligatoriamente prevista dalla lettera H dell'art. 5 del capitolato d'oneri, dovrà essere costituita l'organizzazione minima necessaria ad assicurare un regolare svolgimento del rapporto contrattuale.

Opinare diversamente vorrebbe dire costringere le imprese partecipanti alla gara ad assumere maestranze in un momento nel quale è ancora aleatoria la aggiudicazione e, dunque, la possibilità di impiegarle nel servizio.

In conclusione, quindi, il ricorso principale – per la parte in cui impugna l'esclusione della ricorrente dalla gara e l'aggiudicazione definitiva alla società controinteressata - va accolto, mentre va respinto il ricorso incidentale.

Il ricorrente chiede poi che questo Tribunale dichiarare la nullità del contratto stipulato tra il Comune di Arbus e la società CO.S.T.A., senza peraltro svolgere specifici argomenti a sostegno della domanda.

Pone così un problema complesso e dibattuto, che ha indotto di recente il Consiglio di Stato a rimmetterlo – insieme con altri riguardanti la reintegrazione in forma specifica della pretesa avanzata dal concorrente ingiustamente pregiudicato in una gara pubblica – alla Adunanza Plenaria, con l'ordinanza n. 3355 del 21 maggio 2004.

Per quanto qui interessa, la Quarta Sezione evidenzia (punto 5 della

ordinanza) un dubbio sulla sussistenza della giurisdizione amministrativa, allorché debba essere decisa la natura del vizio che, a seguito dell'annullamento della aggiudicazione, affligge il contratto eventualmente già stipulato.

In verità, la decisione distingue tra ipotesi in cui si chieda (o debba esser data) una decisione costitutiva (annullamento o risoluzione del contratto), e ipotesi in cui - in base a una scelta teorica che pure si indica come dubbia - si ritenga la nullità o comunque una automatica caducazione del contratto.

In questo secondo caso sarebbe possibile un accertamento in via incidentale. Precisa però (punto 5.3) che se sia stata domandata espressamente una pronuncia, anche solo dichiarativa, sul contratto, emergono i medesimi problemi di giurisdizione propri di una pronuncia costitutiva.

La Sezione rimettente, pur riconoscendo che la questione è suscettibile di differenti soluzioni, sembra privilegiare quella affermativa della giurisdizione, osservando che altrimenti resterebbe priva di significato l'attribuzione di giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento degli appalti pubblici.

Questa posizione, fino a ieri condivisibile, va oggi ripensata alla luce della sentenza n. 204 del 5 luglio 2004, pubblicata il 14 luglio 2004 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimi gli articoli 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, come sostituiti dall'articolo 7 della legge 21 luglio 2000 n. 105. La illegittimità riguarda, in particolare e per quanto qui interessa, la giurisdizione esclusiva per tutte le controversie in materia di pubblici servizi; giurisdizione che può essere riconosciuta al giudice amministrativo solo quando "la pubblica amministrazione agisce

esercitando il suo potere autoritativo”, ovvero adoperando strumenti negoziali ma in sostituzione di un potere autoritativo che la legge ad essa attribuisce.

Né la norma, né di conseguenza la decisione della Corte, menzionano la domanda sulla invalidità o inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario, ad esito di una procedura ad evidenza pubblica; ma è certo che tale domanda attiene ad un aspetto tradizionalmente considerato paritetico in senso proprio, in quanto l'autorità pubblica non ha poteri diretti sullo strumento negoziale adoperato, e neppure potrebbe raggiungere lo stesso risultato (del contratto) con atti amministrativi.

Non contraddice alla soluzione adottata la sopravvivenza dell'articolo 6 della citata legge 205/2000, che assegna al giudice amministrativo giurisdizione esclusiva su “tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture” .

La norma, come giustamente osservato nella menzionata ordinanza della Quarta Sezione, non indica con chiarezza la estensione della giurisdizione esclusiva, e in particolare se essa riguardi anche le pronunce sui contratti, che in base ad una tradizionale sistematica sono considerati esterni rispetto alle procedure di affidamento.

La specialità della previsione suggerirebbe di per sé una interpretazione restrittiva. Ma le indicazioni fornite dal Giudice delle leggi, nella ricordata decisione 204/2004, impone anche una interpretazione conforme alla Carta fondamentale; sempre che non si voglia ritenere, con argomento rafforzativo, che già la censura sull'articolo 33 capoverso lettera d) del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 impedisca, almeno per gli appalti di servizi, l'inclusione dei giudizi sul contratto nell'ambito della giurisdizione

esclusiva del giudice amministrativo.

Sulla domanda di nullità del contratto va dunque dichiarato il difetto di giurisdizione di questo Tribunale.

Sull'inconveniente, da più parti denunciato, del frazionamento dei giudizi nell'ambito di unico rapporto controverso, è forse utile la seguente notazione.

Se venisse confermata dalla Adunanza Plenaria la tesi, che già appare prevalente, della nullità, inefficacia o automatica caducazione del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, il soggetto appaltante dovrà eseguire la decisione prescindendo dal titolo formale che la vincola all'aggiudicatario. E il radicale difetto del contratto può divenire oggetto di cognizione incidentale nella fase esecutiva.

L'Amministrazione dovrà, in definitiva, riammettere alla gara l'impresa Ariu e valutarne l'offerta. Dovrà poi decidere, se l'esito della gara lo renderà necessario, sulla sorte del contratto già stipulato con la società CO.S.T.A., secondo i principi sopra enunciati

Sussistono giusti motivi, considerata anche la parziale soccombenza del ricorrente, per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

SEZIONE PRIMA

Accoglie in parte il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla la esclusione e l'aggiudicazione impugnate; dichiara il difetto di giurisdizione sulla domanda di nullità del contratto.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Cagliari, nella camera di consiglio, il giorno 6 ottobre 2004
dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei

Signori Magistrati:

- Paolo Turco, Presidente,
- Manfredi Atzeni, Consigliere,
- Tito Aru, Primo Referendario, estensore.

Depositata in segreteria oggi 22/10/2004

Il Segretario Generale f.f.