

Appalto sotto soglia e committente S.p.A. pubblica: no all' evidenza pubblica quindi giudice ordinario; cambiamento anche dei bisogni assicurativi della Società e dei suoi dipendenti

Un soggetto con veste societaria di tipo privatistico, non è tenuta a rispettare le procedure ad evidenza pubblica

In 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 (e non in quanto obbligato), le relative controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggono alla giurisdizione amministrativa essendo di competenza del giudice ordinario

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 7554 del 18 novembre 2004 ci insegna che su di un' impresa pubblica (S.p.A.), in quanto partecipata da soggetti pubblici, per gli appalti di importo complessivo inferiore al tetto comunitariamente previsto, non sussiste l'obbligo di ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica.

Il seguente passaggio si commenta da sé:

<< La società per azioni , anche se qualificabile come organismo di diritto pubblico (come ritenuto dal TAR) o come impresa pubblica ai sensi dell'art. 2, comma 2, del D. L.vo n. 358/1995, come sostenuto dall'appellante) **non è neppure tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica di cui alla normativa sulla contabilità generale dello Stato** (R. D.18.11.1923 n. 2240 e R.D. 23.5.1924 n. 827) che riguardano solo le Amministrazioni statali e gli Enti pubblici per i quali ne è sta prevista l'estensione per effetto di norme specifiche (V. per gli Enti locali l'art. 56 L. 8.6.1990 n. 142 e per gli Enti pubblici parastatali l'art. 55 del D.P.R. 27.2.2003 n. 97). Né risultano adottate al riguardo specifiche norme regionali.>>

Tale decisione contrasta con il giudice di prime cure, TAR Campania, sez. 1°, n. 5868 del 20.5.2003, secondo il quale <<Va infatti ribadito il principio che i soggetti formalmente privati, in quanto società di capitali, ma sostanzialmente a rilevanza pubblicistica, perché il capitale è in maggioranza in possesso di enti pubblici, come nella specie, sono tenuti a rispettare le regole della concorrenza, anche in caso di appalti di servizi al di sotto della soglia comunitaria>>

Non solo.

Sebbene <<sulle relative controversie in tanto sussiste la giurisdizione amministrativa in quanto riguardino l'affidamento di lavori, servizi e forniture mediante procedure ad evidenza pubblica nella scelta del contraente da parte di soggetti comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero nazionale o regionale>> nella fattispecie emarginata (committente: S.p.A. pubblica, importo di appalto 33.000 euro) **sono insussistenti i presupposti oggettivi per la devoluzione della controversia al giudice amministrativo**

Sottolineano infatti i giudici di Palazzo Spada:

<< In altri termini, per radicare la giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una Stazione appaltante sia tenuta, anche 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 (secondo quanto precisato nel secondo "considerando" della Direttiva CEE n. 2004/18 del 31.3.2004, la cui attuazione è prevista per gli Stati membri per il 31.1.2006), occorrendo invece l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria.

D'altra parte, 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 è alcuna ragione per ritenere che la giurisdizione sulle relative controversie spetti al giudice amministrativo, anche in considerazione di quanto recentemente precisato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 204 del 6.7.2004) che ha escluso che sia sufficiente, nel vigente assetto costituzionale, il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia per poterla devolvere in via esclusiva al giudice amministrativo, dovendo essere particolari le materie da attribuire a tale giudice, nel senso che, in assenza della specifica previsione legislativa, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione come autorità, la giurisdizione generale di legittimità.>>

### **Conseguenze assicurative:**

Se la violazione in materia di libera circolazione delle merci, di libertà e di libera prestazione dei servizi, nonché dei consequenziali principi di parità di trattamento, non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e trasparenza è di diritto soggettivo, questo significa che legittimato passivo davanti al giudice ordinario potrebbe diventare anche il dipendente del committente.

Ma anche potrebbe esserci una maggior possibilità di condanna al risarcimento del danno per <<perdite patrimoniali>> intese quale <pregiudizio economico che non sia conseguenza di un danno materiale (morte, lesione personale e danneggiamenti a cose)>

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2003

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6373/2003, proposto dalla \*\*\*\* s.p.a, in persona dell'Amministratore delegato p.t. rappresentata e difesa dall'avv.to E. Soprano, elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

CONTRO

- \*\*\*\* s.p.a., in persona dell'Amministratore delegato p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo e Sergio Como, elettivamente domiciliata presso di loro, in Roma, via G. Antonelli n. 49;

e nei confronti

della \*\*\*\*Service s.r.l.,

per la riforma

della sentenza TAR Campania, sez. 1°, n. 5868 del 20.5.2003\*\*\*, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla società \*\*\*\*;

Visto il ricorso in appello e relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società \*\*\*\*;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 25.6.2004, relatore il consigliere Aniello Cerreto ed uditi altresì per le parti gli avv.ti L. Visone e O. Agosto per delega, rispettivamente, degli avvocati E. Soprano e P. Como;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto:

FATTO

Con l'appello in epigrafe, la società per azioni \*\*\*\* (partecipata dal comune di Napoli per il 51%, dalle Ferrovie dello Stato per il 30% e dall'Azienda napoletana mobilità per il 19%), quest'ultima a sua volta partecipata interamente dal comune di Napoli), ha fatto presente che era stata incaricata dal comune di Napoli di gestire le linee 1 e 2 della metropolitana di Napoli (convenzione rep. N. 69952 del 13.1.2001 e relativo contratto di servizio); che con contratto del 26.2.2002 affidava alla riunione di imprese \*\*\*\* s.r.l. e \*\*\*\*Service la manutenzione ordinaria, nonché periodica e straordinaria degli impianti di

sollevamento scale, tappeti mobili ed ascensori relativamente alla tratta in esercizio per le stazioni di Cilea, S. Rosa e Museo, per il periodo 1.6.2001-30.4.2002 e per un importo di £. 187.275.000; che l'art. 1 di tale contratto le consentiva di affidare a detto appaltatore la manutenzione di altri impianti già in esercizio o di nuova costruzione alle medesime condizioni; che ultimati i lavori della tratta Museo-Piazza Dante le venivano consegnati dalla società costruttrice \*\*\*\*, dopo i 60 giorni di preesercizio scadenti il 26.5.2002, 13 scale mobili e 5 ascensori destinati alla stazione metropolitana di Piazza Dante; che nel periodo di preesercizio attivava idonea indagine di mercato contattando sia l'ATI \*\*\*\*-\*\*\*\* che la società \*\*\*\* e quindi decideva di esercitare la facoltà prevista dal menzionato art. 1 del contratto del 26.2.2002 (prorogato con atto del 30.4.2002, con incremento dell'importo di £. 224.730.000) fino al 30.4.2003, affidando il servizio di manutenzione delle nuove apparecchiature all'ATI \*\*\*\*-\*\*\*\* per l'ulteriore importo di £. 67.000.000; che con nota del 21.5.2002 rendeva edotta della situazione la società \*\*\*\*, la quale proponeva ricorso al TAR Campania con atto notificato il 12.7.2002, impugnando tutti gli atti, compresa l'aggiudicazione relativi alla trattativa privata intercorsa con la società \*\*\*\*Service; che il TAR respingeva l'istanza cautelare con ordinanza n. 4049/2002 (successivamente riformata in appello) e poi con la sentenza in epigrafe accoglieva il ricorso nel merito. Ha quindi dedotto quanto segue:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la \*\*\*\* si era limitata ad esercitare la facoltà di estendere l'oggetto del contratto precedentemente stipulato con l'ATI \*\*\*\*-\*\*\*\*, per cui non assumevano rilevanza né la qualificazione della società come organismo di diritto pubblico né la necessità del rispetto delle regole di evidenza pubblica anche per gli appalti sotto la soglia comunitaria;
- neppure poteva condividersi la qualificazione della società come organismo di diritto pubblico, trattandosi invece di impresa pubblica ai sensi dell'art. 2, comma 2°, del D.L.vo n. 158/1995, che in quanto tale doveva considerarsi assoggettata alle regole di diritto privato;
- comunque, pur ritenendo la società quale organismo di diritto pubblico, non poteva censurarsi la sua decisione di estendere l'oggetto del precedente contratto in relazione ai principi fondamentali del trattato di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza, trattandosi di appalto sotto soglia con importo pari a circa euro 30.000, per il quale peraltro vi era stato un confronto concorrenziale.

Costituitasi in giudizio, la società \*\*\*\* ha precisato che era stata aggiudicataria dei lavori per la realizzazione di 13 scale mobili e 5 ascensori relativamente al V lotto di lavori della linea metropolitana di Napoli; che eseguiti i lavori vi era stata specifica richiesta da parte della società \*\*\*\* di eseguire la manutenzione di dette opere ed essa si era dichiarata disponibile per il relativo affidamento con mota del 7.5.2002, ma poi la \*\*\*\* cambiava improvvisamente orientamento, comunicandole che al termine del periodo di preesercizio avrebbe provveduto ad affidare la manutenzione ad altra Ditta; che proposto ricorso al TAR, esso era stato integralmente accolto con la sentenza in epigrafe, poi appellata dalla \*\*\*\*.

Ha quindi rilevato quanto segue:

- inammissibilità della prima doglianza, in quanto per la prima volta in appello la società \*\*\*\* aveva dedotto di non aver avviato una trattativa privata per l'affidamento del servizio ma di essersi limitata ad estendere l'oggetto del contratto precedentemente stipulato;
- comunque la società \*\*\*\* non aveva alcun rapporto con tali opere che invece erano state eseguite dalla società resistente;
- inoltre le pattuizioni intercorse tra \*\*\*\* e \*\*\*\* non potevano violare norme inderogabili quali quelle che prevedevano il rispetto dei principi sull'evidenza pubblica;
- contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, la \*\*\*\* doveva considerarsi organismo di diritto pubblico in quanto partecipata completamente da Amministrazioni pubbliche ed affidataria per conto del Comune della gestione delle linee 1 e 2 della metropolitana di Napoli;
- era irrilevante la circostanza che l'importo dell'appalto fosse sotto soglia in quanto comunque occorreva rispettare le procedure ad evidenza pubblica come precisato dalla sentenza appellata, per cui non poteva farsi luogo ad una trattativa privata a favore della società \*\*\*\*, la cui scelta non rispondeva peraltro ad alcun criterio di convenienza.

In vista dell'udienza di discussione del ricorso, entrambe le parti hanno presentato memoria conclusiva. La società resistente ha insistito per l'inammissibilità del primo motivo di appello, evidenziando altresì l'irrilevanza dell'importo sotto soglia comunitaria dell'appalto al fine della necessità della sottoposizione

alle procedure di evidenza pubblica, con il richiamo a favore della propria tesi della circolare n. 8756 in data 6.2.2002 della Presidenza del consiglio dei ministri-Dipartimento per le politiche comunitarie.

L'appellante ha eccepito in via preliminare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, trattandosi di appalto dell'importo di euro 33.000 e quindi al di sotto della soglia comunitaria ed ha richiamato al riguardo la sentenza della Cass. S.U, n. 17635 del 20.11.2003. Ha poi precisato che il primo motivo di appello non poteva ritenersi inammissibile sia perché la circostanza relativa all'estensione del precedente contratto era stata già prospettata in 1° grado nella memoria difensiva predisposta per la discussione dell'istanza cautelare e comunque il divieto di dedurre motivi nuovi in appello era riferibile solo al ricorrente originario e non alle parti resistenti (V. Cons. di Stato, sez. IV n. 5950 del 29.10.2002) ed in ogni caso vi era stata solo una diversa qualificazione giuridica di un fatto già introdotto in giudizio.

Alla pubblica udienza del 25.6.2004, il ricorso è passato in decisione.

#### DIRITTO

1. Con sentenza TAR Campania, sez. 1°, n. 5868 del 20.5.2003 è stato accolto il ricorso proposto dalla società \*\*\*\* avverso gli atti relativi alla trattativa privata con cui la società \*\*\*\* (società per azioni interamente partecipata da Amministrazioni pubbliche ed incaricata dal Comune della gestione delle linee 1 e 2 della metropolitana di Napoli) aveva assegnato alla società \*\*\*\*Service, con effetto dal 27.5.2002, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di sollevamento scale, tappeti mobili ed ascensori presenti nella stazione Dante della metropolitana di Napoli, per un importo di circa euro 33.000.

Avverso detta sentenza ha proposto appello la società \*\*\*\*.

2. Con la sentenza appellata il TAR, richiamando la decisione di questo Consiglio sez.VI n. 1206 del 2.3.2001 e sul presupposto che il rispetto delle regole di evidenza pubblica sarebbe operativo per gli Organismi di diritto pubblico anche per le gare di importo inferiore alla soglia comunitaria (in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria, andrebbero comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato CE di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza), ha ritenuto illegittimo l'affidamento del servizio in questione a favore della società \*\*\*\*, in quanto attribuito dalla società \*\*\*\* senza l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica.

3. Ha carattere pregiudiziale l'esame della giurisdizione.

Sulla questione il TAR non si è pronunciato espressamente, essendosi limitato a dichiarare illegittima la scelta della società \*\*\*\* mediante trattativa privata, per cui il giudice di appello può esaminarla anche d'ufficio in conformità al recente orientamento espresso in materia dalla Corte di Cassazione (V., S.U. 8.8.2001, n. 10961, 1°. 10.2002 n. 14080 e 14.4.2003 n. 5903), che si condivide.

Invero, il principio affermato dall'art. 37 c.p.c., in base al quale il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, va coordinato con il sistema delle impugnazioni, operando esso ogni qualvolta non esista una precedente statuizione espressa, mentre se questa sia stata emessa, i giudici delle successive fasi possono conoscere della questione soltanto se essa sia stata impugnata, essendo tenuti, in caso contrario, ad applicare l'art. 329, 2° comma, c.p.c. (V., in tal senso, anche Cons. Stato, VI Sez. 20 novembre 2001, n. 5867 e 21.11.2003 e n. 7586).

D'altra parte, anche se il problema della giurisdizione non è stato espressamente dedotto nell'atto di appello ma solo nella memoria conclusiva, occorre considerare che tra le doglianze poste per chiedere l'accoglimento dell'appello vi è quella relativa alla non necessità della procedura ad evidenza pubblica in relazione al modesto importo dell'appalto, per cui il problema della giurisdizione può ritenersi implicitamente sollevato.

4. Nella fattispecie sono insussistenti i presupposti oggettivi per la devoluzione della controversia al giudice amministrativo.

4.1. Occorre considerare che l'appalto concerne l'affidamento del servizio manutenzione di ascensori, tappeti e scale mobili di una stazione della metropolitana di Napoli per un importo di circa euro 33.000, che è un importo comunque inferiore alla soglia comunitaria sia che dovesse qualificarsi come appalto di pubblico servizio da parte di un organismo di diritto pubblico (ex D. L.vo 17.3.1995 n. 157) o come appalto da parte di un organismo di diritto pubblico o impresa pubblica relativo ai settori esclusi in quanto concernente la gestione di reti di trasporto pubblico (ex D. L.vo 17.3.1995 n. 358).

Invero, nel caso di appalto di pubblici servizi l'applicabilità del D. L.vo n. 357/1995 è subordinata ad un importo pari o superiore a 200.000 ECU (solo per un breve periodo, peraltro successivo al presente appalto, tale importo è stato ridotto ad un valore superiore a 50.000 ECU per effetto dell'art.24, comma 1, L. 27.12.2002 n. 289, poi abrogato dall'art. 15 D. L. 30.9.2003 n. 269, convertito dalla L. 24.11.2003 n. 326), mentre per l'applicabilità del D. L.vo n. 358/1995 occorre un importo pari o superiore a 400.000 ECU nell'ipotesi di appalti nei settori esclusi relativamente al settore del trasporto pubblico.

4.2. Inoltre, la giurisdizione del giudice amministrativa in materia è determinata dall'art 6, comma 1, L. 21.7.2000 n. 205 e dall'art. 33, comma 2 lett. d. D. L.vo 31.3.1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 L. n. 205/2000 che con formulazione sostanzialmente identica la riferiscono a "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" oppure in materia di pubblici servizi "aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione della norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale".

Con la conseguenza che sulle relative controversie in tanto sussiste la giurisdizione amministrativa in quanto riguardino l'affidamento di lavori, servizi e forniture mediante procedure ad evidenza pubblica nella scelta del contraente da parte di soggetti comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero nazionale o regionale.

In altri termini deve trattarsi di una procedura ad evidenza pubblica (in quanto disciplinata dalla normativa comunitaria, nazionale o regionale) per la scelta del contraente o del socio svolta da un soggetto tenuto ad applicare tale normativa (nello stesso senso appare orientata anche la recentissima decisione dell'A. P.di questo Consiglio n. 9 del 23.7.2004, punto 3 della motivazione, nella parte in cui ha evidenziato, al fine di determinare la giurisdizione, la necessità di stabilire se in quel caso l'Ente appaltante fosse tenuto o meno ad indire la relativa gara d'appalto).

Perciò, in 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 (e non in quanto obbligato), le relative controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggono alla giurisdizione amministrativa essendo di competenza del giudice ordinario, come recentemente statuito dalla Corte di Cassazione (S. U. n. 17635 del del 20.11.2003), che ha cassato per difetto di giurisdizione amministrativa la decisione di questo Consiglio sez. IV n. 934 del 15.2.2002 che aveva dato rilevanza in un appalto sotto soglia comunitaria alla procedura di evidenza pubblica svolta da un soggetto che non vi era tenuto, in quanto in caso contrario ciò renderebbe di fatto la stazione appaltante arbitra di scegliersi in prospettiva il giudice ritenuto preferibile.

4.3. Occorre peraltro precisare che l'espressione "soggetto comunque tenuto nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria" (o "delle norme comunitarie") va strettamente collegata alle controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, per cui la giurisdizione amministrativa presuppone una controversia su una procedura di evidenza pubblica specificamente disciplinata dalla normativa comunitaria, in analogia a quanto prescritto dall'ultima parte dell'art. 6, 1° comma. L. n. 205/2000 che si riferisce appunto "al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale".

In altri termini, per radicare la giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una Stazione appaltante sia tenuta, anche 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 (secondo quanto precisato nel secondo "considerando" della Direttiva CEE n. 2004/18 del 31.3.2004, la cui attuazione è prevista per gli Stati membri per il 31.1.2006), occorrendo invece l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria.

D'altra parte, 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 è alcuna ragione per ritenere che la giurisdizione

sulle relative controversie spetti al giudice amministrativo, anche in considerazione di quanto recentemente precisato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 204 del 6.7.2004) che ha escluso che sia sufficiente, nel vigente assetto costituzionale, il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia per poterla devolvere in via esclusiva al giudice amministrativo, dovendo essere particolari le materie da attribuire a tale giudice, nel senso che, in assenza della specifica previsione legislativa, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione come autorità, la giurisdizione generale di legittimità.

4.4. Infine va precisato che La società per azioni \*\*\*\*, anche se qualificabile come organismo di diritto pubblico (come ritenuto dal TAR) o come impresa pubblica ai sensi dell'art. 2, comma 2, del D. L.vo n. 358/1995, come sostenuto dall'appellante) non è neppure tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica di cui alla normativa sulla contabilità generale dello Stato (R. D.18.11.1923 n. 2240 e R.D. 23.5.1924 n. 827) che riguardano solo le Amministrazioni statali e gli Enti pubblici per i quali ne è stata prevista l'estensione per effetto di norme specifiche (V. per gli Enti locali l'art. 56 L. 8.6.1990 n. 142 e per gli Enti pubblici parastatali l'art. 55 del D.P.R. 27.2.2003 n. 97). Né risultano adottate al riguardo specifiche norme regionali.

5. Per quanto considerato, il ricorso originario (anche per quanto concerne la conseguenziale domanda di risarcimento del danno) deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V), pronunciando sull'appello indicato in epigrafe, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia e per l'effetto annulla senza rinvio la sentenza del TAR e dichiara inammissibile il ricorso originario.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 25.6.2004 con l'intervento dei signori:

Pres. Agostino Elefante

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Marzio Branca

Cons. Aniello Cerreto Estensore

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18 novembre 2004

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

*IL DIRIGENTE*

*f.to Antonio Natale*

~~~~~

\*\*\* Tar Campania, sez. 1°, n. 5868 del 20.5.2003

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione Prima

ha pronunciato la seguente

### **SENTENZA**

sul ricorso n.7689 del 2002 proposto da Società \*\*\*\*\* spa in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Como e dall'avv. Sergio Como, con i quali domicilia in Napoli, viale Gramsci n.19,

### **CONTRO**

\*\*\*\*\* spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Soprano con il quale domicilia in Napoli, via Melisurgo n. 4,

e nei confronti di

Società \*\*\*\*\*Service s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita,

### **per l'annullamento**

di tutti gli atti relativi alla trattativa privata con la quale la \*\*\*\*\* spa ha affidato alla \*\*\*\*\*Service s.r.l. la manutenzione ordinaria preventiva, periodica e correttiva, nonché straordinaria, degli impianti di sollevamento scale e tappeti mobili ed ascensori presenti nella stazione Dante della linea 1 della Metropolitana di Napoli, in precedenza installati dalla ricorrente, nonché della nota del 22.5.2002 con la quale la \*\*\*\*\* spa ha manifestato l'intenzione di affidare la manutenzione dei suddetti impianti della stazione ad altra ditta.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della \*\*\*\*\* s.p.a.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 16 aprile 2003, il Dott. Sergio De Felice;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale di causa.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### **F A T T O**

La ricorrente premette in fatto di essersi aggiudicata la progettazione, costruzione e installazione degli impianti di 13 scale mobili e 5 ascensori della stazione ferroviaria metropolitana di piazza Dante di Napoli effettuando la manutenzione ed il preesercizio dei suddetti impianti fino al 27.5.2002 unitamente alla società \*\*\*\*\*.

Con nota del 29.4.2002 la \*\*\*\*\* spa dichiarava di essere disponibile ad affidare alla ricorrente \*\*\*\*\* spa la manutenzione degli impianti, precisando che la risposta sarebbe stata presa in considerazione soltanto entro il termine di dieci giorni.

Tempestivamente, con missiva in data 7.5.2002, la ricorrente manifestava volontà positiva, ma, ciò nonostante, in data 22.6.2002, la \*\*\*\*\* spa comunicava che al termine del periodo di preesercizio contrattuale con scadenza 22 maggio 2002, la manutenzione sarebbe stata affidata ad altra impresa.

Nel presente giudizio in sostanza si contesta l'illegittimo affidamento a trattativa privata, senza alcuna giustificazione.

La ricorrente, impugnando gli atti indicati in epigrafe, con i quali si affida a trattativa privata la manutenzione degli impianti alla società controinteressata, che peraltro non produce scale mobili ma solo ascensori, deduce i vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto vari profili.

In primo luogo si contesta che sussistessero i presupposti di legge per ricorrere alla trattativa privata, ammessa soltanto in casi eccezionali previsti dall'art. 7 del D.Lgs.157/1995. In ogni caso si contesta la mancanza di motivazione e giustificazione per ricorrere alla trattativa privata.

La \*\*\*\*\* spa si è costituita con memoria con la quale eccepisce che essa, quale soggetto con veste societaria di tipo privatistico, non è tenuta a rispettare le procedure ad evidenza pubblica. Si sostiene, inoltre, che anche nella veste di impresa pubblica, in quanto partecipata da soggetti pubblici, per gli appalti del tipo in questione, di importo complessivo (euro 30.000,00) inferiore al tetto comunitariamente previsto, non sussisterebbe l'obbligo di ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica.

Con ordinanza n. 4049 del 2002 questa sezione respingeva la richiesta cautelare, con esito riformato in grado di appello, sempre limitatamente alla fase cautelare, dal Consiglio di Stato, con ordinanza n. 256/2003 del 21 gennaio 2003.

### **DIRITTO**

Il ricorso è fondato.

Va infatti ribadito il principio che i soggetti formalmente privati, in quanto società di capitali, ma sostanzialmente a rilevanza pubblicistica, perché il capitale è in maggioranza in possesso di enti pubblici, come nella specie, sono tenuti a rispettare le regole della concorrenza, anche in caso di appalti di servizi al di sotto della soglia comunitaria.

Non sono degne di considerazione positiva le eccezioni di merito formulate al riguardo dalla \*\*\*\* spa, che è società partecipata dal comune di Napoli al 51%, dalle Ferrovie dello Stato spa al 30%, e dall'Azienda napoletana Mobilità al 19%.

E' noto che l'ordinamento comunitario ha reso necessaria nell'ambito dei diritti interni una rivisitazione del concetto di pubblica amministrazione.

Nell'ordinamento italiano tradizionale, il concetto di Pubblica Amministrazione, non solo statale, ma pubblica, veniva definito da una serie di parametri, tra i quali assumeva particolare rilievo il solo dato formale, cioè il fatto che l'ente avesse una organizzazione e una struttura di carattere pubblicistico. Il diritto comunitario ha imposto una revisione della nozione di pubblica amministrazione, con particolare riferimento al settore degli appalti, imponendo alle autorità che indicano gare, di seguire determinate regole e di rispettare le regole della concorrenza, al fine di consentire la partecipazione degli imprenditori interessati.

L'utilizzo di un concetto formale di pubblica amministrazione consentirebbe ai soggetti pubblici la comoda elusione di dette regole attraverso la creazione di soggetti formalmente privati, ma posti sotto il controllo pubblico perché di mano pubblica, semmai maggioritaria, , al fine del perseguimento di fini pubblici, ma il tutto senza vincoli di sorta.

Da tali considerazioni nasce l'attenzione tutta comunitaria alla necessità di "snidare" la pubblicità reale che può nascondersi dietro il dato formale, ai fini di tutela della concorrenza, e trova il suo *humus* la categoria degli organismi di diritto pubblico, come tali tenuti a seguire le regole comunitarie in tema di appalti ( per la definizione v. in tal senso le direttive 89/440, 93/97, L.109/94 art. 2 come modificato).

La introduzione di tale nozione nell'ordinamento nazionale porta a ritenere compatibile la nozione di pubblica amministrazione con la veste societaria (come statuito dal Consiglio di Stato nei casi per esempio di FF.SS. spa, Poste Italiane spa, Agecontrol spa, società miste di servizi pubblici locali), e, soprattutto, allarga la nozione di pubblica amministrazione e di atti amministrativi, o, se si preferisce, dilata il perimetro dei soggetti formalmente privati, ma tenuti a seguire le regole dell'amministrazione.

Dopo l'art. 6 L.205/2000, valevole sia dal punto di vista processuale che sostanziale, deve ritenersi che il legislatore abbia affidato all'adito giudice amministrativo in via esclusiva la cognizione delle controversie relative anche agli appalti indetti da soggetti privati equiparati a enti pubblici, con ciò intendendo che tali soggetti sono considerati come pubbliche amministrazione in senso pieno, e i relativi atti devono rispettare le regole dell'*agere* amministrativo.

La necessità del rispetto delle regole di evidenza pubblica, per i soggetti tenuti ad applicare la normativa nazionale e comunitaria nella scelta dell'altro contraente, è da intendersi regola generale, che vale anche per gli appalti pubblici sotto soglia, come confermato sia dalla corte di giustizia della Unione Europea, secondo la quale anche gli appalti pubblici di scarso valore, seppure non espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione delle procedure particolari e rigorose delle direttive, non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (in tal senso ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19), che dal Consiglio di Stato, che riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica (ex artt. 33 D.Lgs.80/1998 e 6 L.205/2000) alle società aventi i caratteri sostanziali dell'organismo di diritto pubblico (C. Stato, VI, 2.3.2001, n. 1206, relativa a Poste Italiane spa), ha ritenuto la giurisdizione anche per gare di importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti di servizi, vanno comunque rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza.

Ne deriva pertanto che anche per gli appalti sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da soggetti pubblici in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta (che nell'ordinamento nazionale tradizionalmente corrisponde come noto alla trattativa privata), in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche,

necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza del mercato unico europeo (in tal senso da ultimo la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie n. 8756 del 6 giugno 2002).

Pertanto, va accolta la domanda di annullamento degli atti a mezzo dei quali la intimata \*\*\*\* spa ha scelto il suo contraente a mezzo di trattativa privata, così come va accolta conseguenzialmente la domanda risarcitoria proposta espressamente nel ricorso introduttivo.

Infatti, nel caso in esame si impone la evidenza della sussistenza dei presupposti costitutivi della fattispecie di responsabilità della p.a. che sono comuni nella sostanza a tutte le posizioni giurisprudenziali sin qui espresse, sintetizzabili nella evidente illegittimità degli atti (quale colpa grave dell'amministratore professionista analogamente al principio dell'art. 2236 c.c.) espressiva di un evidente comportamento negligente, generatore di un danno ingiusto, perché lesivo della legittima pretesa, in sé fondata, della impresa ricorrente a partecipare all'ipotetica gara che avrebbe dovuto tenersi per la stipula del contratto di appalto del servizio oggetto di lite.

Nella specie, essendo il decorso del contratto in questione limitato fino al 30 aprile 2003, e pur essendo stata accolta la domanda cautelare in secondo grado il 21 gennaio 2003, deve ritenersi che non sussistano i presupposti di corrispondenza o comunque di non contrarietà (nel senso della non eccessiva onerosità di cui all'art. 2058 c.c.) all'interesse pubblico per la concessione della tutela ripristinatoria reale e del soddisfacimento della pretesa che consisterebbe, trattandosi di contestazione sul metodo di scelta dell'altro contraente prescelto, nel rifacimento e riedizione della gara con altro metodo di selezione.

Essendo al ricorrente ormai preclusa la partecipazione ad una gara, quale è quella che in ipotesi avrebbe dovuto tenere *ab initio* la stazione appaltante, sicché non è possibile dimostrare ormai *ex post* né la certezza della vittoria, né la certezza della non vittoria, la situazione soggettiva tutelabile e risarcibile, è solo la *chance*, cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole.

A prescindere dalla distinzione relativa alla tutela in forma specifica della chance, e cioè se essa si possa concretare nella indizione di pubblica gara, a seguito di illegittimo affidamento di appalto mediante trattativa privata (così ha ritenuto C. Stato, VI, 18.12.2001, n.553), oppure si tratti piuttosto di tutela in forma specifica di una situazione solo strumentale (al fine di partecipare alla legittima gara), come sembra preferibile ritenere, è certo che nella specie il c.d. danno da perdita di chance possa avvenire solo per equivalente, essendo l'accoglimento della domanda di annullamento inidoneo a ricomprendere la conseguenza necessitata del rifacimento della gara, poiché non interviene in tempo utile rispetto al decorso della durata del contratto.

Pertanto, la domanda di risarcimento per equivalente, per c.d. perdita di chance, deve avere come base di calcolo l'importo complessivo del contratto come dalla stazione appaltante dedotto, e non contestato né contraddetto negli atti di causa, che corrisponde a 30.000,00 (trentamila euro).

Occorre procedere alla definizione del criterio da fornire alla \*\*\*\* spa per la quantificazione del danno risarcibile.

In ordine al *quantum* del danno risarcibile, quando una gara non c'è mai stata, come nel caso di illegittimo affidamento a trattativa privata, il *quantum* del risarcimento per equivalente va determinato ipotizzando in via di medie e presunzioni quale sarebbe stato il numero di partecipanti alla gara, se gara vi fosse stata (sulla base dei dati relativi a gare simili indette dal medesimo ente), e dividendo l'utile d'impresa (quantificato in via forfetaria in misura pari al 10% del prezzo base dell'appalto, e quindi 3.000 euro) per il numero di partecipanti: il quoziente costituisce la misura del danno risarcibile.

La \*\*\*\* spa, ai sensi dell'art. 35 comma 2 D.Lgs.80/98 dovrà proporre alla ricorrente, entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione a cura di parte, se anteriore, il pagamento di una somma stabilita in base al criterio sopra indicato, entro il successivo termine congruo di 30 (trenta) giorni, a titolo di risarcimento del danno per perdita della chance.

Se le parti non dovessero giungere ad un accordo, si provvederà in sede di ottemperanza, ai sensi dell'art. 27, primo comma, n. 4 del testo unico di cui al R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, alla determinazione della somma dovuta.

Le considerazioni che precedono impongono l'accoglimento del ricorso nei sensi di cui in motivazione.

La condanna al pagamento delle spese di giudizio segue la soccombenza; esse sono liquidate nell'importo in dispositivo fissato.

**P.Q.M.**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione I**, accoglie il ricorso in epigrafe, sia con riguardo alla domanda di annullamento che con riguardo alla domanda di risarcimento del danno per perdita della chance. Condanna al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in complessivi euro quattromila, comprensivi di spese, diritti ed onorari.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 16 aprile 2003, con l'intervento dei Magistrati:

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| Dott. Giancarlo Coraggio | Presidente       |
| Dott. Alessandro Pagano  | Componente       |
| Dott. Sergio De Felice   | Componente, est. |