



REPUBBLICA ITALIANA

N. 386/2006

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

REG.RIC.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

N. 315 REG.SEN.

PER L'EMILIA-ROMAGNA

ANNO 2007

SEZIONE DI PARMA

composto dai Signori:

Dott. Ugo Di Benedetto                      Presidente    ff. rel. est.

Dott. Umberto Giovannini                      Consigliere

Dott. Italo Caso                                      Consigliere

ha pronunciato la seguente

#### SENTENZA

sul ricorso N. 386/2006 proposto da Società Fidente S. p. A., rappresentata e difesa dagli Avv. ti Francesco Massa, Ilaria Deluigi e Maurizio Palladini, ed elettivamente domiciliata, in Parma, presso lo studio di quest'ultimo, vicolo dei Mulini n. 6;

contro

Enia S. p. A., costituita in giudizio, rappresentata e difesa dall'Avv. Giorgio Cugurra, ed elettivamente domiciliata, in Parma, presso il suo studio, via Mistrali n. 4;

e nei confronti

della Colser S. c.a.r.l., costituita in giudizio, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Michiara, ed elettivamente domiciliata, in Parma, presso il suo studio, borgo Antini n. 3;

e nei confronti

della Friul Clean S. c.a.r.l., costituita in giudizio, rappresentata e difesa

dagli Avv. ti Roberto Paviotti e Fabrizio Paviotti, ed elettivamente domiciliata, in Parma, presso la sede del Tar, piazzale Santa Fiora n. 6;

per l'annullamento

-quanto al ricorso introduttivo:

dell'aggiudicazione alla Colser S.c.a.r.l. del servizio di pulizia delle sedi del gruppo Enia S. p. A. e delle società partecipate del gruppo nel territorio della provincia di Parma;

dell'aggiudicazione alla Colser S.c.a.r.l. del servizio di pulizia delle sedi del gruppo Enia S. p. A. e delle società partecipate del gruppo nel territorio della provincia di Piacenza;

dell'aggiudicazione alla Friul Clean S.c.a.r.l. del servizio di pulizia delle sedi del gruppo Enia S. p. A. e delle società partecipate del gruppo nel territorio della provincia di Reggio Emilia;

di ogni atto presupposto conseguente e/o connesso e segnatamente:

delle note del Direttore acquisti e appalti della società Enia S. p. A., prot. n. 43268, 43269 e 43270 del 11/12/2006 di comunicazione dell'aggiudicazione;

di ogni norma costituente la lex specialis della gara e segnatamente del bando di gara, del capitolato speciale e della lettera d'invito;

-quanto ai motivi aggiunti di ricorso:

dei verbali della commissione giudicatrice del 1/12/2006 e del 26/10/2006, recate sintesi delle offerte tecniche;

delle note del Direttore acquisti e appalti della società Enia S. p. A., del 19/12/2006 indirizzate a Fidente S. p. A. e Colser S.c.a.r.l.;

Visto il ricorso con i relativi allegati ed i motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Enia S. p. A., della Colser S. c.a.r.l. e della Friul Clean S. c.a.r.l. intimate;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 22/05/2007, il dr. Ugo Di Benedetto;

Uditi, altresì, gli avv. ti presenti come risulta dal verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### FATTO E DIRITTO

1.La società Enia S. p. A. sorta dalla fusione della Agac di Reggio Emilia, della AMPS di Parma e della Tesa di Piacenza è una multiutility attiva nei settori del gas, elettricità ed acqua i cui azionisti sono 83 comuni di tali Provincie.

Con “bando di gara” spedito in data 28/7/2007 per la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, ha indetto una procedura “negoziata” per un “appalto pubblico” da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per “il servizio di pulizia ordinaria e straordinaria delle sedi del gruppo Enia S.p.A. e degli altri locali indicati nell'articolo 3” che richiama le schede in dettaglio per l'ubicazione degli uffici e relative dimensioni.

Il servizio veniva suddiviso, nel bando e capitolato speciale d'appalto, in tre lotti corrispondenti alle sedi di Reggio Emilia, Parma e Piacenza.

L'importo a base d'asta era per il primo lotto, relativo alla sede di Reggio Emilia, di Euro 370.000, per il secondo lotto, relativo alla sede di Parma, di Euro 345.000 e per il terzo lotto, relativo alla sede di Piacenza, di Euro 205.000.

Il bando prevedeva espressamente che “l'appalto sarà aggiudicato mediante procedura negoziata ai sensi del D. lgs 163 del 2006, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”.

L'articolo 16 del capitolato speciale d'appalto nell'indicare le norme disciplinanti l'appalto richiamava espressamente, oltre al capitolato stesso, il D. lgs 163 del 2006 e le altre disposizioni di legge tra cui la legge 25 gennaio 1994, n. 82, ed il D. M. del Ministero dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato 7 luglio 1997, n. 274 e s. m..

La procedura è stata avviata dopo il 1° luglio 2006, data di entrata in vigore del codice dei contratti citato ed è, pertanto, soggetta a tale normativa e non a quella del previgente D. lgs 158 o D. lgs. 157 del 1995.

Nel bando stesso era indicato espressamente il Tar quale organismo responsabile della procedura di ricorso.

2. La società ricorrente ha partecipato alla gara e non è risultata aggiudicataria di nessun lotto che sono stati assegnati rispettivamente alla Colser S.c.a.r.l., per quanto concerne i lotti 2 (Parma) e 3 (Piacenza), ed alla Friul Clean S. c.a.r.l., per quanto concerne il lotto 1 (Reggio Emilia).

Ha, pertanto, impugnato la suddetta procedura, ivi compreso il bando e l'aggiudicazione, deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

Si sono costituite in giudizio le società intimete che hanno contro dedotto alle avverse doglianze concludendo per la reiezione del ricorso.

Con motivi aggiunti di ricorso sono stati impugnati gli ulteriori atti in epigrafe indicati deducendo altresì ulteriori censure.

L'istanza cautelare, accolta in primo grado, è stata respinta in grado di appello con ordinanza 1089/2007, sotto il profilo del danno subito dalle

intimate a fronte del danno subito dalla ricorrente titolare di un mero interesse strumentale al rinnovo della procedura di gara.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 22/05/ 2007.

3. Va preliminarmente dichiarata la giurisdizione di questo giudice contestata dalle società controinteressate costituite in giudizio.

A prescindere dalla circostanza che lo stesso bando di gara indicava il Tar quale organo responsabile delle procedure di ricorso va osservato che detta gara è stata posta in essere dall'Ente appaltante in dichiarata applicazione del D. lgs 163 del 2006 ossia del codice dei contratti della pubblica amministrazione e che la stessa Enia S. p. a. aveva qualificato il contratto in oggetto come appalto pubblico, nei propri atti, sia pure facendo riferimento alla disciplina dei settori speciali.

3.1. In particolare il bando prevedeva espressamente che "l'appalto sarà aggiudicato mediante procedura negoziata ai sensi del D. lgs 163 del 2006, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa" e, pertanto, detto criterio formale sarebbe già sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen. 23 luglio 2004, n. 9), in applicazione del principio di cui all'articolo 244 dello stesso D. lgs 163 del 2006.

3.2. Tuttavia anche in mancanza del citato richiamo formale contenuto nel bando l'applicazione del codice dei contratti, concretamente applicato dalla Enia S. p. a., (sia pur utilizzando la contestata procedura negoziata con bando), era obbligatoria.

Infatti, la società Enia S. p. a., quale impresa pubblica partecipata da 83 Comuni e sorta dalla fusione della Agac di Reggio Emilia, della AMPS di Parma e della Tesa di Piacenza, rientra perfettamente nell'ambito soggettivo di applicazione del codice dei contratti ai sensi dell'articolo 32 comma 1°, lettera c) qualora si tratti di un contratto nei settori ordinari, ed ai sensi dell'articolo 207, comma 1°, lettera a), qualora si tratti di settori speciali, secondo le diverse prospettazioni delle difese delle parti.

Infatti, l'articolo 244 del citato codice dei contratti attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria, nazionale o regionale.

La procedura negoziata con bando, da aggiudicare ai sensi dell'articolo 83 del codice utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituisce comunque una procedura di evidenza pubblica, sia pure procedimentalizzata in modo più snello rispetto alle procedure aperte o ristrette.

In definitiva la giurisdizione è del giudice amministrativo sia in caso di procedure aperte o ristrette sia in caso di procedura negoziata con bando e, quindi, sia nel caso di importo superiore che inferiore alla soglia comunitaria, qualora siano procedure obbligatorie espletate ai sensi del codice dei contratti. Nella controversia in esame, poi, la ricorrente contesta proprio il mancato espletamento di una procedura ristretta od aperta ossia la mancata applicazione della disciplina dei settori ordinari.

4. Nel caso concreto, comunque, l'importo è superiore alla soglia comunitaria.

Infatti, la gara in parola è da considerarsi unitariamente e non come tre gare riferite a ciascun lotto. Ai sensi dell'articolo 29, comma settimo, lettera b) del D. lgs 163 del 2006, infatti, occorre tener conto del valore cumulato dei lotti per l'applicazione delle norme di rilevanza comunitaria per ciascun lotto ed inoltre occorre tener conto altresì della possibilità di rinnovo, prevista dall'articolo 2 del capitolato speciale, come disposto, ai fini del calcolo della soglia di anomalia, dall'articolo 29, comma primo, del codice stesso.

5. Va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso prospettato dalle difese delle società intimare per avere la ricorrente, come le altre candidate, accettato espressamente le regole della gara come imposto, ai fini della partecipazione, dal bando.

Infatti, tale accettazione non può certo determinare un'acquiescenza non solo ovviamente con riferimento alle contestate illegittimità delle successive fasi della procedura ma anche con riferimento al metodo di scelta individuato dal bando stesso. Infatti, non si è trattata di una libera scelta della partecipante ma di una condizione di partecipazione illegittima mentre soltanto un comportamento volontario e libero costituisce un'acquiescenza agli atti della procedura.

Del resto la società ricorrente ha impugnato anche la *lex specialis* della gara, contestando il metodo di scelta, soltanto nel momento in cui ha ravvisato una concreta lesività della propria posizione soggettiva di partecipante, ossia all'esito della procedura stessa, mentre un'immediata impugnativa del bando, che comunque le ha consentito nel caso concreto la partecipazione, sarebbe stata inammissibile come ormai precisato dalla

consolidata giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1 del 29 gennaio 2003).

6. Nel merito appare indispensabile individuare la normativa applicabile alla presente fattispecie prima di analizzare le singole censure dedotte.

L'oggetto dell'appalto, come sopra rilevato, è costituito dal "servizio di pulizia ordinaria e straordinaria delle sedi del gruppo Enia S.p.A." e degli altri locali indicati nell'articolo 3 del capitolato. La società Enia S.p.A. è operante prevalentemente nei settori speciali di gas acqua ed elettricità.

6.1. Cò premesso va osservato che Il D. lgs 163 del 2006, codice dei contratti pubblici, detta una disciplina generale per gli appalti di servizi, la cui disciplina è contenuta nella parte II del codice stesso.

Invece, la parte III del codice dei contratti contiene una disciplina speciale degli appalti nei settori speciali.

La differente disciplina delle procedure di scelta dei contraenti nei contratti pubblici della parte II, che disciplina i settori ordinari, rispetto alla parte III, che disciplina i settori speciali, obbliga ad inquadrare il presente appalto nella prima o seconda tipologia.

A tal fine appaiono decisive le disposizioni del codice dei contratti di cui al D. lgs 163 del 2006. In particolare va osservato che la disciplina dei settori ordinari è quella di portata generale mentre quella dei settori speciali ha portata eccezionale ed è, pertanto, applicabile soltanto nei casi espressamente previsti, senza possibilità di un'interpretazione estensiva.

L'elemento decisivo che differenzia i settori ordinari da quelli speciali non è soltanto quello soggettivo ossia concenente gli Enti che operano nei settori indicati nella parte III del codice ma detto elemento va integrato

con quello oggettivo ossia con riferimento al tipo di attività svolta da detti soggetti. L'articolo 31 del codice dei contratti, infatti, esclude l'applicazione delle disposizioni di cui alla parte II del codice soltanto ai contratti della parte III che le stazioni appaltanti, le quali esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 208 a 214, "aggiudicano per tali attività". Analogamente gli articoli 207, 208 e 209 prevedono l'applicazione della parte III del codice "alle attività" espressamente indicate.

Ciò è ribadito anche nell'articolo 217 del codice dei contratti il quale precisa che la parte III "non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213".

Tale principio trova ulteriore conferma nell'articolo 3, decimo comma, del D. lgs. 163 del 2006 che definisce appalti pubblici di servizi ordinari quelli aventi ad oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II A, che l'articolo 20, comma secondo, assoggetta alle disposizioni del codice stesso, il quale alla categoria 14 indica specificamente i "servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari", mentre i settori speciali dei contratti, ai sensi dell'articolo 3, quinto comma, sono quelli definiti dalla parte III del codice.

La disciplina speciale della parte III, pertanto, trova applicazione per i soggetti ivi indicati ma nei settori speciali di attività puntualmente descritta richiedendosi, pertanto, la contemporanea presenza sia del requisito soggettivo degli enti che operano nei settori speciali che di

quello oggettivo ossia della riferibilità della concreta attività, oggetto dell'appalto, al settore speciale di attività .

6.2. Vero è che le direttive comunitarie Ce 17/2004, per i settori speciali, e Ce 18/2004, per i settori ordinari, contemplano entrambe nei rispettivi allegati i servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari, tuttavia tale previsione per i settori speciali va riferita comunque all'attività speciale stessa e, quindi, la pulizia rientra nella normativa dei settori speciali quando è funzionale a detta attività (come nel caso di proprietà immobiliari ed edifici parte integrante delle reti di produzione, distribuzione e trasporto indicate negli articoli 208 e ss. del codice dei contratti).

Del resto in proposito il codice dei contratti di cui al D. lgs 163 del 2006, richiamato negli atti impugnati, supera tale apparente antinomia, per quanto concerne i servizi di pulizia, prevedendoli esclusivamente nell'allegato II A per i servizi ordinari e non speciali.

Le disposizioni del codice per questo aspetto, sono da ritenere applicabili alla presente fattispecie anche ove se ne ravvisi una non coincidenza con la direttiva comunitaria Ce 17/2004. Quest'ultima, infatti, nei settori speciali considera equivalenti le procedure aperte , ristrette e negoziate con bando lasciando, quindi, piena discrezionalità e ben può il legislatore nazionale attuare detti principi applicando agli appalti di servizi di pulizia non funzionali all'attività nei settori speciali, come nel caso in esame, i maggiori limiti previsti per gli appalti di servizi nei settori ordinari che prediligono la procedura aperta o ristretta per la scelta del contraente al fine di garantire una più ampia concorrenza nei servizi non funzionali

all'attività dei settori speciali. Non vi sarebbe, pertanto, un contrasto tra disposizioni precise, puntuali, dettagliate ed inderogabili della direttiva comunitaria Ce 17/2004 ma una attuazione della stessa da parte del codice dei contratti che, nel pieno rispetto degli obiettivi della direttiva, ne specifica l'applicazione con scelte operanti all'interno dello Stato Italiano, per quanto concerne il servizio di pulizia degli edifici non funzionale ai settori speciali di attività di cui ai citati art. 208 e ss..

6.3. Del resto anche con riferimento alla previgente normativa il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2004) nel ritenere applicabile per il servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie la disciplina del decreto legislativo n. 158 del 1995, il cui art. 7, comma 1, lettera c), aveva sottoposto – alla normativa sui settori ex esclusi - gli appalti “di servizi”, aventi per oggetto le prestazioni elencate nell'allegato XVI-A., aveva attribuito rilievo decisivo al fatto che “Le stazioni ferroviarie vanno qualificate come elementi costitutivi della rete ferroviaria destinata al servizio pubblico di trasporto”. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva, pertanto, condiviso la tesi dell'ordinanza di rimessione alla stessa (Cons. Stato, sez. VI, 167 del 2004), secondo cui il servizio di pulizia ricade, sotto il profilo oggettivo, nell'ambito del d.lgs. n. 157/1995, relativo ai pubblici appalti di servizi, salvo che non si ritenga strumentale o connesso alle reti, come poi ritenuto nel caso esaminato. Solo in quest'ultimo caso rientrava nell'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 158 del 1995.

7. Ai sensi del combinato disposto degli articoli 3, comma 31°, 32, comma 1°, lettera c) e 29, comma 7°, lettera b) del D. lgs 163 del 2006, pertanto,

la società Enia S. p . a. doveva rispettare le disposizioni di cui al titolo II del D. lgs 163 del 2006 e, quindi, utilizzare una procedura aperta o ristretta e non una procedura negoziata, trattandosi di appalto pubblico di servizio di importo superiore alla soglia comunitaria, come precisato al punto 4 della presente sentenza, nel settore ordinario.

Da ciò deriva l'illegittimità degli atti di indizione della procedura in parola ed in particolare del bando, del capitolato nonché l'illegittimità derivata di tutti i successivi atti della procedura.

8. Va, comunque osservato che anche in ipotesi di ammissibilità della procedura negoziata con bando (non ritenuta per le ragioni sopra esposte) appaiono fondate anche le ulteriori censure dedotte concernenti il concreto espletamento della procedura stessa.

8.1. Il bando prevedeva espressamente, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sulla base dei criteri specificati dall'articolo 12 del capitolato la Commissione giudicatrice ha stabilito di suddividere i criteri di cui al citato articolo 12 in dettagliati sottopunteggi e ciò, sia pur ammesso nella disciplina *ante* codice, è precluso dalle disposizioni innovative dell'articolo 83 del codice stesso il quale prevede che sia il bando a prevedere i sub- criteri, i sub- pesi e di sub- punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità alla Commissione giudicatrice.

8.2. Inoltre, costituisce un principio generale nella materia dei contratti pubblici quello dell'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara, per l'aggiudicazione di contratti della P.A., per quanto riguarda quantomeno la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione

e l'offerta economica dei partecipanti, anche se non la fase di valutazione tecnica delle offerte (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 45; IV Sez. 6 ottobre 2003, n. 5823; V Sez. 18 marzo 2004, n. 1427) e detti principi debbono trovare applicazione, in mancanza di una deroga espressa anche nei settori speciali (Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369). Tali principi devono trovare applicazione anche nelle procedure negoziate "con bando" i cui criteri di valutazione fanno riferimento all'articolo 83 del codice del contratti in quanto sussistono le stesse esigenze di trasparenza e di verifica delle offerte presentate dai concorrenti, nelle forme e termini previsti dal bando, delle più articolate procedure di evidenza pubblica aperte o ristrette.

8.3. Del tutto carente, poi, nella fattispecie in esame la verbalizzazione delle operazioni della Commissione giudicatrice. La verbalizzazione analitica costituisce un principio generale dell'ordinamento, non solo quindi nei limiti minimi previsti dall'articolo 78 del codice dei contratti.

E', infatti, da condividere l'orientamento secondo cui per una corretta rappresentazione documentale dello svolgimento della procedura, è necessario registrare fedelmente le sedute, pubbliche o segrete, in cui si articola l'intera attività della commissione, specificando, in dettaglio, il numero delle adunanze, le date delle riunioni e l'orario dell'inizio e della conclusione delle stesse, onde consentire agli interessati di verificare il rispetto del principio di continuità e per rendere conoscibile all'esterno la scansione e la successione delle operazioni compiute (ad esempio, il momento in cui sono stati fissati gli eventuali sub-criteri di valutazione delle offerte o quando sono stati espressi i giudizi tecnico-comparativi). È

poi essenziale che la commissione dia atto, di volta in volta, della propria regolare composizione in ciascuna seduta, in considerazione dell'immanente principio di collegialità che presiede a tutto lo svolgimento della gara e che i verbali descrivano, con sufficiente precisione ed analiticità, tutte le attività compiute (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4463).

8.4. Nel particolare caso in esame, inoltre, in cui il bando stesso aveva prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e soltanto il verbale avrebbe potuto consentire di verificare il corretto adempimento delle prescrizioni di cui all'articolo 83, quarto comma, ossia l'apertura delle buste contenenti le offerte dopo aver predisposto i criteri motivazionali cui attenersi. Soltanto una verbalizzazione completa con indicazione della data degli adempimenti e una verbalizzazione della presenza dei componenti presenti avrebbe potuto consentire la verifica del rispetto di dette disposizioni.

8.5. In definitiva, deve ritenersi che la procedura in questione non abbia offerto alcun margine di garanzia delle operazioni valutative sotto il profilo della trasparenza delle stesse e del rispetto dei principi della *par condicio* e di quelli che presiedono alle procedure ad evidenza pubblica.

9. Per tali ragioni, il ricorso va accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati.

10. L'annullamento dell'aggiudicazione determina la caducazione del contratto già stipulato (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2003, n. 2332; Cass. civ., sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193; Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2006,

n. 1591; Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2006 n. 4295; T.A.R. per la Liguria, sez. II, 16 marzo 2007, n. 4999).

11. Le spese seguono a soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna le società intimate, in solido, al pagamento delle spese di causa in favore della società ricorrente che si liquidano in complessivi Euro 5.000 (cinquemila), oltre I. V. A. e C. P. A..

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

Così deciso in Parma, il giorno 22/05/2007.

f.to Ugo Di Benedetto

Presidente f.f. rel.est.

Depositata in Segreteria ai sensi dell'art.55 L. 18/4/82, n.186.

Parma, lì 28/5/2007

Il Segretario

f.to Antonella Panico