Consiglio di Stato, sez. V, 18 settembre 2009, n. 5593

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dal CONSORZIO G. a responsabilità limitata, con sede in R., in persona del presidente, signor A. M., difeso dagli avvocati A. D. V. e C. M. e domiciliato presso il secondo in R., viale V. a. 11;

contro

la società cooperativa per azioni C., con sede in C., costituitasi in giudizio in persona del presidente, dottor A. T., difesa dagli avvocati E. C. e M. C. e domiciliata presso il secondo in R., via P. 12;

e nei confronti

della società a responsabilità limitata S., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 4 gennaio 2008 n. 16, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, prima sezione, ha annullato l'aggiudicazione al Consorzio G., disposta dalla società L. il 21 marzo 2007, dell'appalto triennale del servizio di pulizia di autobus, vetture e strutture aziendali.

Visto il ricorso in appello, notificato il 20 marzo e depositato il 2 aprile 2008;

visto il controricorso della società C., depositato il 16 maggio 2008;

vista la memoria difensiva presentata da C. il 24 marzo;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 5 maggio 2009, il consigliere Filoreto D'Agostino, e uditi altresì gli avvocati M. e C.;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

Fatto

1. S. s.r.l., con bando spedito per la pubblicazione il 18 luglio 2006, indiceva una procedura ristretta per l'aggiudicazione del servizio di pulizia di autobus, vetture e strutture aziendali per il periodo 1 gennaio 2007 – 31 dicembre 2009 per una somma a base di gara di euro 430.000,00.

2. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. In esito all'esame delle offerte l'appalto veniva aggiudicato al Consorzio G., che aveva totalizzato il punteggio di 95,51.

4. C. S. coop. p.a., collocatasi in seconda posizione con punti 94,65, impugnava l'aggiudicazione avanti il Tribunale amministrativo

regionale per la Lombardia.
5. Il giudice adito esaminava in via prioritaria ed assorbente la censura concernente l'illegittima composizione della commissione giudicatrice, nella quale erano stati chiamati il presidente ed un membro del consiglio di amministrazione della società che bandiva la gara.
6. In esito a tale disamina compiuta alla stregua di quanto prescrive l'articolo 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 codice dei contratti pubblici e alla ritenuta applicabilità al caso di specie di quel precetto, il ricorso originario veniva accolto.
7. Avverso tale statuizione ha proposto gravame il Consorzio G.
8. Sostiene l'appellante che l'appalto in questione è estraneo all'ambito oggettivo di applicazione del citato decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e, per l'effetto, sottratto alla giurisdizione del giudice amministrativo.
9. Tanto si afferma in relazione sia al precetto contenuto nell'articolo 20 c.1 sia alla norma recata nell'articolo 244 d. lgs n. 163/2006, anche sul rilievo che l'ente aggiudicatore è un soggetto di diritto privato.
10. Con un secondo motivo si sostiene che la sentenza sarebbe erronea anche per aver ritenuto applicabile alla fattispecie quanto previsto dall'articolo 84 del più volte citato codice dei contratti pubblici, che opera prevalentemente nei confronti di amministrazioni pubbliche.
11. Le tesi dell'appellante sono contestate con ampia esposizione defensionale dall'appellata C.

DIRITTO

12. La controversia riguarda l'appalto per la fornitura del servizio di pulizia di autobus, vetture, e strutture aziendali di S. s.r.l., affidataria del servizio pubblico di trasporto per il comune e la provincia di C. giusta le previsioni del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422.
13. Le questioni sollevate in ordine alla su indicata procedura concernono in primo luogo la spettanza della cognizione al giudice amministrativo ovvero a quello ordinario in relazione a due diverse norme recate nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163: la prima delle quali, cioè l'articolo 20, condurrebbe ad escludere, se interpretata come suggerisce l'appellante, l'applicabilità di buona parte delle norme del codice dei contratti pubblici stesso e la seconda, indicata nell'articolo 244, si appunta sulla qualificazione soggettiva dell'ente aggiudicatore, traendone lo spunto della non soggezione dell'ente appellato alle procedure ad evidenza pubblica.
14. Entrambe le questioni preliminari così formulate non possono essere condivise.
15. Una corretta disamina del problema non può tuttavia muovere da ipotesi astratte quali l'applicabilità o meno al caso di specie dell'articolo 20 c. 1 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.
16. Sembra più coerente a un'organica disamina della questione

individuare non già in astratto bensì in concreto quale fosse la norma applicabile alla gara in questione e, sulla base di questa precisazione, stabilire poi se la giurisdizione spetti effettivamente o meno al Giudice amministrativo.
17. A questo fine va sottolineato come l'appalto in controversia contenesse in realtà prestazioni di servizi non riconducibili ad unità logica e normativa, prima ancora che fattuale.
18. E' opportuno, allo scopo, riprodurre la norma invocata dall'appellante.
19. Recita il comma 1 dell'articolo 20 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163: "*L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).*"
20. Ora non v'è dubbio che alla categoria 20 del citato allegato II B siano previsti i servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti, tra i quali va pacificamente ricompreso quello di pulizia dei mezzi utilizzati.
21. E' tuttavia incontestabile che, accanto a servizi riconducibili a quelli elencati nell'allegato IIB, altre attività pure previste nell'oggetto della gara fossero previste nell'allegato IIA, precisamente quelle indicate sub categoria 14 come servizi di pulizia degli edifici e di gestione degli immobili.
22. Per tale seconda categoria la prescrizione dell'articolo 20, comma 2, del d. lgs n. 163/2006 è che si applichi l'intera normativa del codice dei contratti pubblici.
23. La previsione in unico contesto di due diverse specie di servizi, corrispondenti a due categorie non omogenee quanto a disciplina applicativa, creerebbe una obiettiva difficoltà ermeneutica se non fosse assicurato l'approdo a un canone interpretativo che consenta il superamento dell'evidente incongruenza.
24. A tale compito è preposto l'articolo 21 che, nella formulazione vigente all'epoca dei fatti (prima cioè delle modifiche intervenute in esito al terzo correttivo contenuto nel decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152) così disponeva: "*Gli appalti aventi per oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A che servizi elencati nell'allegato II B sono aggiudicati conformemente all'articolo che precede se il valore dei servizi elencati nell'allegato II B sia superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato II A.*"
25. Nel caso di specie il valore dei servizi elencati nell'allegato II B è senz'altro superiore a quello dei servizi elencati nell'allegato II A: la pulizia di autobus e mezzi richiede un importo complessivo pari a circa 275.000,00 euro, che costituisce la parte preponderante, in termini economici, di un contratto il cui valore totale non supera i 430.000,00 euro.
26. Alla stregua di questa semplice considerazione non v'è dubbio che

alla procedura in questione dovesse essere regolata dal combinato disposto degli articoli 20 c. 1 e 21 d. lgs. n. 163/2006.
27. Le uniche norme di evidenza pubblica applicabili al caso di specie sono pertanto quelle indicate nel citato articolo 20, c. 1 su citato.
28. Questa conclusione (dalla quale, superata la questione preliminare, può scaturire l'accoglimento dell'appello) non impedisce la piena affermazione della giurisdizione amministrativa in materia.
29. Giova precisare che, per quanto assai ridotte nel numero e nell'ambito precettivo, le disposizioni richiamate dall'articolo 20, c. 1 d. lgs. n. 163/2006 costituiscono pur sempre una limitazione alla piena libertà di tipo privatistico nella ricerca della controparte contrattuale.
30. Si vuol cioè affermare che anche un modesto apparato normativo di delimitazione e preordinazione dell'attività di ricerca della migliore offerta contrattuale costituisce pur sempre una modificazione significativa di una attività altrimenti libera.
31. Tale conformazione risponde alla logica della specialità della disciplina che accompagna e qualifica le attività che precedono l'aggiudicazione, riconducendole al *genus* di quelle assegnate al Giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.
32. L'esistenza di vincoli, seppure assai limitati, posti alla ricerca dell'offerta economicamente più vantaggiosa implica comunque il rispetto dell'evidenza pubblica, come prescrive l'articolo 244 c. 1 del decreto legislativo n. 163 del 2006, che erroneamente viene richiamato a dimostrazione della non assoggettabilità della controversia alla giurisdizione di legittimità.
33. L'attività contestata risulta, in definitiva, strettamente funzionalizzata al perseguimento di finalità di pubblico interesse, con la conseguenza che gli atti della procedura, in quanto espressione di attività pubblicistica provvedi mentale (ancorché posta in essere da soggetto che opera ordinariamente nel diritto privato), sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo.
34. Non può invero obliterarsi che l'attività delle società-organo (qual è S. s.r.l.) rimane un'attività "funzionalizzata", rispetto alla quale la "forma" degli strumenti giuridici utilizzati non rileva in sé, risultando invece finalizzata al miglior conseguimento degli scopi legali dell'amministrazione (che, nella fattispecie, consistono nell'esercizio associato di un servizio pubblico) (C.d.S., V, 9 marzo 2009, n. 1365).
35 La pertinenza della lite alla giurisdizione amministrativa resta confermata anche sotto questa più ampia visuale, non potendosi scindere un contesto unitario funzionalizzato tra attività che esprimono l'evidenza pubblica in modo più pronunciato ed altre che, pur con minori limiti, sono logicamente e strutturalmente correlate all'esercizio di una funzione o di un servizio di pubblico e generale interesse quale l'attività di trasporto pubblico.
36. Dalle considerazioni appena esposte deriva che la specifica

previsione dell'articolo 84 del codice dei contratti pubblici, norma non richiamata dall'articolo 20, c. 1 del medesimo testo legislativo non dovesse trovare applicazione nel caso di specie, con conseguente piena legittimità della composizione della commissione giudicatrice.

37. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia è invero caduto nell'equivoco di assegnare ai servizi oggetto dell'appalto una categoria non corrispondente a quella prevalente con l'effetto di ritenere violato il canone recato nel citato articolo 84.

38. La pronuncia di prime cure va, per questi motivi, riformata.

39. Sembra tuttavia equo, tenendo conto anche della novità della questione, disporre l'integrale compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza in epigrafe indicata, respinge il ricorso originario.

Spese compensate:

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 5 maggio 2009 con l'intervento dei signori:

Raffaele Carboni Presidente
G. Paolo Cirillo Consigliere
Filoreto D'Agostino Consigliere estensore
Marzio Branca Consigliere
Aniello Cerreto Consigliere

L'ESTENSORE
f.to Filoreto D'Agostino

IL PRESIDENTE
f.to Raffaele Carboni

IL SEGRETARIO
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 18 settembre 2009
(Art. 55,L. 27/4/1982,n. 186)
IL DIRIGENTE
f.to Elisabetta Argiolas