Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sez. I, 5 giugno 2009, n. 1409

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Sezione Prima
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 991 del 2008, proposto dalla Alfa S.r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con il Consorzio Beta, e il Consorzio Beta, rappresentati e difesi dagli avvocati A. V. e F. P., con domicilio eletto presso il primo in B., via M., 1;

contro
la Regione Delta, in persona del Presidente di Giunta p.t.;

nei confronti di
Gamma S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. G. E. B., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. F. in B., piazza M. n. 8;

per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia,

- dell'esclusione degli odierni ricorrenti dalla gara bandita dalla Regione Delta per l'affidamento del servizio di "Redazione di indirizzi finalizzati alla sostenibilità urbana ed edilizia in attuazione degli orientamenti del DRAG", disposta dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 7 maggio 2008 sulla base della seguente motivazione: "in quanto, ai sensi della vigente normativa, non sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i soggetti meglio esplicitati all'art. 34 comma 1" del D.Lgs. n.163/2006;
- dello stesso verbale n. 4 della seduta del 7 maggio 2008;
- di tutti gli atti presupposti al verbale n. 4 della seduta del 7 maggio 2008 e, segnatamente, dei verbali n. 1 del 25 marzo 2008 d'insediamento della Commissione giudicatrice e dei verbali n. 2 e n. 3 delle sedute, rispettivamente, del 27 marzo 2008 e dei 21 aprile 2008 della predetta Commissione, nonché, ove occorra:
a) della nota prot. n. 07/08 GP/pt del 21 aprile 2008, recante protocollo in entrata della Regione Delta, Settore Affari Generali, n. 20/13721/C, sempre del 21 aprile 2008, a firma dell'Amministratore unico della società I. S.r.l., richiamata sia nel verbale n. 3 della seduta del 21 aprile 2008 che nel verbale n. 4 della seduta del 7 maggio 2008;
b) dell'atto n. 235 del 17 dicembre 2007 del Dirigente del Settore Affari Generali della Regione Delta, d'indizione della gara per l'affidamento del servizio di "Redazione di indirizzi finalizzati alla sostenibilità urbana ed edilizia in attuazione degli orientamenti del DRAG";
c) del bando e del disciplinare della predetta gara;
- di tutti gli atti successivi e conseguenti al verbale n. 4 della seduta del 7 maggio 2008, ivi compresi:
a) il verbale n. 5 della seduta del 22 maggio 2008 con il quale la Commissione giudicatrice ha formulato la graduatoria finale dei concorrenti ammessi ed aggiudicato provvisoriamente la gara al raggruppamento temporaneo di imprese tra le società Gamma S.p.A., I. S.r.l. e P. T. S. S.r.l.;

b) il provvedimento dirigenziale di approvazione dei predetti verbali ed atti di gara e di aggiudicazione definitiva della gara al raggruppamento temporaneo di imprese tra le società Gamma S.p.A., I. S.r.l. e P. T. S. S.r.l., ivi compresa, ove occorra, la nota prot. n. 20/2248/C del 20 giugno 2008 a firma del Dirigente del Settore Affari Generali della Regione Delta;
c) lo stesso contratto di appalto tra la Regione Delta e il predetto raggruppamento temporaneo di imprese tra le società Gamma S.p.A., I. S.r.l. e P. T. S. S.r.l., qualora stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gamma Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2009 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con avviso pubblicato sul B.U.R.P. n. 22 del 7 febbraio 2008, la Regione Delta, Assessorato alla Trasparenza e Cittadinanza attiva, Settore Affari generali, bandiva una gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di "Redazione di indirizzi finalizzati alla sostenibilità urbana ed edilizia, in attuazione degli orientamenti DRAG".
Tale gara (avente un importo fissato in euro 134.864,33) si svolgeva con procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del medesimo decreto legislativo.
Le ricorrenti (Alfa s.r.l. e Consorzio Beta) presentavano, in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, domanda di partecipazione.
La commissione aggiudicatrice, su segnalazione della società I. s.r.l. (mandante con la P. T. S. Soc. dell'associazione guidata dalla società per azioni Gamma) e in contraddittorio con gli istanti, escludeva il raggruppamento Alfa s.r.l. – Beta (verbale del 7 maggio 2008).
La gara veniva definitivamente aggiudicata al R.T.I. Gamma – I. – P. T. S., con il quale la Regione stipulava il contratto d'appalto in data 9 luglio 2008.
Alfa s.r.l. e Consorzio Beta hanno impugnato l'esclusione disposta nella seduta del 7 maggio 2008, nonché tutti gli atti e provvedimenti presupposti e conseguenti.
Si è costituita in giudizio, quale capogruppo dell'associazione affidataria del servizio, la società Gamma S.p.A., contestando nel merito le tesi attoree.
All'udienza del 26 febbraio 2009 la causa è stata riservata per la decisione.
2. La commissione aggiudicatrice ha escluso il raggruppamento Alfa s.r.l.- Consorzio Beta, avendo "ravvisato che le osservazioni [della società I.] risultano pertinenti, in quanto, ai sensi della vigente normativa, non sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i soggetti meglio esplicitati all'art. 34, comma 1" del decreto legislativo n. 163/2006.
In particolare, nella nota protocollata il 18 aprile 2008, la I. aveva segnalato che, mentre i raggruppamenti potevano essere composti "solo dei soggetti di cui alle lett. a), b) e c) dell'art. 34", "il Beta,

invece sicuramente non rientra nella lett. a) e nella lett. b). Resta da vedere se possa rientrare nella lett. c).
A questa possibilità sembrerebbero però ostare due ordini di fattori. L'uno di natura soggettiva: i soggetti che fanno parte del consorzio non sembrano coincidere con quelli elencati nella lettera c) come unici possibili componenti dei consorzi stabili.
L'E., infatti, che detiene il 51% del fondo consortile ed esprime 3 su 5 consiglieri d'amministrazione, non sembra possa essere considerato un imprenditore individuale, anche artigiano, né società commerciale, né tanto meno società cooperativa di produzione e lavoro", essendo, come "Si legge sul sito ufficiale dell'E.", "un ente pubblico che opera nei settori dell'energia, dell'ambiente delle nuove tecnologie a supporto delle politiche di competitività di sviluppo sostenibile del Paese".
L'uno di natura oggettiva: l'art. 36 (richiamato dal 34, lettera c) richiede nella seconda parte del primo comma che i soggetti facenti parte del consorzio "abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore ai cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura d'impresa". Non sembra che dalla lettura dell'oggetto sociale del consorzio emerga alcunché del genere.
Ma più ancora osterebbe la circostanza che il consorzio mandante risulta inequivocabilmente soggetto senza scopo di lucro e quindi non ammissibile alla procedura in oggetto….. Si legge infatti nell'art. 4 dello statuto del consorzio (risultante da visura presso la Camera di Commercio competente): "Il consorzio non persegue finalità di lucro e pertanto non può distribuire utili sotto qualsiasi forma ai consorziati, eventuali avanzi di gestione saranno reinvestiti per finalità di carattere scientifico e formativo"".
3. Per chiarezza espositiva, conviene premettere all'esame dei motivi di ricorso la normativa invocata, ovvero l'articolo 34 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nelle parti richiamate:
"Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:
a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36".
A ciò si deve aggiungere - perché rileva ai fini dello scrutinio di legittimità- che, con l'articolo 1, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, è stato aggiunto all'articolo 34 la lettera f-bis, per la quale sono ammessi alle gare pubbliche anche gli "operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi".
Secondo la definizione dell'articolo 3 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 che ricalca quella dell'articolo 1, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE, "Il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi".

Passando all'esame nel merito del gravame, occorre osservare che Alfa s.r.l.- Consorzio Beta sviluppano le proprie difese partendo dal presupposto che comunque i disposti di cui all'articolo 34, lettere b) e c), sarebbero estranei alla fattispecie in quanto il raggruppamento costituirebbe una semplice e ordinaria associazione d'imprese, ai sensi della lettera d).
Quest'ultima lettera consente la partecipazione alla gara ai "raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37".
Secondo la tesi attorea, in particolare, nell'associazione ingiustamente espulsa, il Consorzio Beta assumerebbe le vesti di mandante, in quanto soggetto rientrante nella previsione di cui alla lettera a), intesa non nel suo ristretto significato letterale, bensì (doverosamente) in quello più lato, discendente dalla disciplina comunitaria, che ammette alle gare, in genere, lo "operatore economico".
Il nucleo argomentativo appena sintetizzato viene articolato in quattro motivi; precisamente,
- con il primo, vengono dedotti la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1, paragrafo 8, della direttiva 31 marzo 2004/18/CE, dell'art. 34 del decreto legislativo n. 163/2006 e della lex specialis di gara, nonché l'eccesso di potere per manifesta contraddittorietà e motivazione errata e insufficiente, con particolare riguardo alla natura di "operatore economico" del Consorzio Beta;
- con il secondo, articolando ulteriormente la prima doglianza, si sostiene la violazione e falsa applicazione dell'art. 1, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE, dell'art. 34 D.lgs. n. 163/2006 e della lex specialis del bando di gara, stante l'irrilevanza della circostanza che il socio maggioritario E. del Consorzio Beta sia un ente pubblico senza scopo di lucro, in quanto ciò non avrebbe comunque potuto influire sulla natura economica dell'attività svolta;
- con il terzo, si prospettata il contrasto tra l'art. 34 del D.lgs n. 163/2006 e l'art. 1, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE e, dunque, l'immediata disapplicazione della normativa nazionale;
- con il quarto, infine, si domanda di dichiarare l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara adottati successivamente al verbale n. 4 del 7 maggio 2008, ivi compresi le aggiudicazioni provvisoria e definitiva e lo stesso contratto d'appalto.
A tal punto, ai fini della decisione, occorre indagare quali siano le caratteristiche soggettive del Consorzio Beta, per poi verificare, una volta chiarita la rilevanza stessa della nozione di "operatore economico", se il Beta stesso (anche a prescindere dalla veste giuridica che assume nell'ordinamento italiano) possa comunque ritenersi ricompreso nella relativa definizione.
Nello statuto si legge:
"(art. 4 – Scopo) – (…) Il Consorzio non persegue finalità di lucro e pertanto non può distribuire utili sotto qualsiasi forma ai consorziati; eventuali avanzi di gestione saranno reinvestiti per finalità di carattere scientifico e formativo";
"(art. 5 – Oggetto) – (…) Il Consorzio ha per oggetto di: - gestire, valorizzare e potenziare (…) il centro di progettazione, di studi e di sviluppo di metodologie di progettazione basati su tecnologie informatiche; (…) - utilizzare in forma integrata le conoscenze sui materiali, le tecnologie, i processi di lavorazione (…) facendo ricorso alle più avanzate tecnologie informatiche; - effettuare,

gestire e sviluppare studi e ricerche per l'individuazione di modelli e per lo sviluppo e/o adattamento di software applicato (…), ai fini di estenderne l'utilizzo; - effettuare, gestire e sviluppare studi tecnici ed economici per verificare la fattibilità di nuove applicazioni riguardanti materiali innovativi, nuovi prodotti, nuove tecnologie di processo; (…) curare la realizzazione di componenti prototipici progettati sulla base di tecnologie informatiche; (…) svolgere e curare attività di informazione; (…)
- Il Consorzio non può comunque: - svolgere sotto qualsiasi forma attività di intermediazione commerciale; - assumere obbligazioni per conto dei singoli partecipanti";
"(art. 6 – Fondo Consortile)" – Il Fondo consortile è di Euro 258.228,45 .., così ripartito: E. con sede in R., titolare di una quota consortile pari al 51% (cinquantuno per cento) (…)";
"(art. 15 – Il Consiglio di Amministrazione) – Il Consiglio di Amministrazione è composto da 5 (cinque) membri nominati dall'Assemblea su segnalazione dei consorziati, in ragione di tre per l'E. e 2 (due) complessivamente degli altri previo accordo tra di loro".
In estrema sintesi, a) la finalità del Beta consiste in un'attività di ricerca e sperimentazione tesa a favorire lo sviluppo e la diffusione di nuove tecnologie ed innovazioni informatiche, privilegiando l'apporto scientifico delle istituzioni universitarie, il cui "conferimento sarà rappresentato esclusivamente da prestazioni di opera scientifica, tecnologica e di formazione sostitutive delle quote consortili in denaro" (art. 5 Statuto); b) il medesimo non persegue finalità di lucro e, per questa ragione, gli sono inibite forme d'intermediazione commerciale; c) è partecipato al 51% da un ente pubblico; gode inoltre, per la sua natura, di sgravi fiscali ed è destinatario di finanziamenti pubblici, nonché possibile beneficiario del 5 per mille dell'imposta sui redditi (cfr. art. 3, commi da 5 a 11, L. 24 dicembre 2007 n. 244).
Per quanto riguarda la rilevanza della nozione di "operatore economico", occorre ricordare che l'articolo 34, comma 1, lett. a) del decreto legislativo n. 163/2006, quando individua i soggetti ammessi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, definendoli come "gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative", si riferisce alle figure tipizzate nel codice civile di esercente professionale di un'attività economica; mentre la menzione degli "operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi", di cui alla lettera f-bis dell'articolo 34, introdotta dall'articolo 1, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, rappresenta una scontata risposta all'esigenza di matrice comunitaria di rimuovere gli ostacoli alla libertà di circolazione derivanti dalla diversità delle varie regolamentazioni nazionali sui soggetti che svolgono attività imprenditoriali.
Di conseguenza, in ossequio alle indicazioni della Corte di giustizia europea, puntualmente richiamate ex parte actoris, per estremo scrupolo resta da prendere in considerazione l'ipotesi che un soggetto italiano (pur non formalmente classificabile come imprenditore individuale, anche artigiano, o società commerciale ovvero società cooperativa e perciò non ricompreso nell'elencazione dell'articolo 34, comma 1, lett. a), possa comunque partecipare alle gare pubbliche perché in effetti definibile in termini di "operatore economico".
La comprensione di tale concetto (accentuatamente sostanzialistico perché opponibile allo status di "commerciante", nelle sue diverse tipologie, stratificatesi storicamente e, in parte, giunte fino a noi)

impone di valutarlo nell'ambito del disegno legislativo, comunitario e nazionale.
Esso è chiaramente fondato sulla scelta ordinamentale di attribuire un valore primario al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, non distorta o falsata da aiuti di Stato o da interventi pubblici estranei alla logica della remuneratività e del guadagno commerciale (artt. 3, 4 e 86 TCE).
Invero, già in base all'articolo 130 F del Trattato CEE, introdotto dall'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986, la Comunità persegue l'obiettivo di garantire alle imprese la possibilità di "sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno della Comunità grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali".
Nel secondo "considerando" della direttiva 2004/18/CE, in specie, si puntualizza: "L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico, è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza"; infine, al considerando 4, viene precisato: "Gli stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati".
Analoghi principi ("libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità") sono enunciati all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006.
La ragione fondante di questo complesso normativo sta essenzialmente nella scelta, da parte del legislatore comunitario e nazionale, di considerare il ricorso al mercato, in quanto luogo privilegiato di un corretto equilibrio concorrenziale, lo strumento più idoneo per addivenire alla stipula dell'appalto, previo esperimento di gara pubblica, tesa ad individuare il miglior rapporto qualità-prezzo in vista dello svolgimento del servizio richiesto. E perché concorrenza sia assicurata, è necessario che gli operatori economici, in quanto tali, abbiano tutti tendenzialmente un analogo potere di mercato.
Da ciò consegue che la definizione di "operatore economico" utilizzata nell'art. 1 della direttiva 2004/18/CE, comprendente "l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi", ha il solo significato plausibile, insito nella natura delle cose, di un operatore che, nello svolgimento di un'attività commerciale o industriale, agisca in un regime di concorrenza, non falsata da un'influenza pubblica che permetta di ridurre in modo determinante o, addirittura, annulli la necessaria remuneratività della prestazione offerta.
Orbene, la partecipazione alla gara del Consorzio è sicuramente da escludere, non potendo esso essere considerato un "operatore economico", in quanto, in virtù della sua composizione societaria, è in grado di influire al ribasso sulla propria struttura dei costi, con una potenziale alterazione del meccanismo concorrenziale, rispetto alle altre imprese partecipanti, nel mercato settoriale degli appalti.
L'estraneità del Beta al mercato è ulteriormente provata dalla circostanza che se il medesimo volesse acquisire a sua volta prestazioni sul mercato, dovrebbe comunque agire quale organismo di diritto pubblico, essendo tendenzialmente riconducibile alla voce "Enti di ricerca e sperimentazione" presente nell'elenco degli "organismi di diritto pubblico", tracciato nell'Allegato III della

direttiva 2004/18/CE e del decreto legislativo di recepimento; per cui, in ragione del considerando 4 della stessa direttiva, esso, se invece intende partecipare ad una gara, viene ritenuto in sé fattore di distorsione per la concorrenza.
Il ricorso dunque, nella sua parte demolitoria, dev'essere rigettato.
La domanda risarcitoria segue la medesima sorte, poiché, non essendo state riscontrate le illegittimità denunciate, la fattispecie di danno risulta carente dell'elemento dell'ingiustizia.
Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione I, respinge il ricorso in epigrafe.
Condanna le ricorrenti in solido al pagamento di complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), più CPI e IVA, come per legge, a favore della società Gamma S.p.A., a titolo di spese di lite.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente
Doris Durante, Consigliere
Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 05/06/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO