



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1051 del 2017, proposto da:
Blue Service Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Vecchione, con domicilio eletto presso lo studio Angela Ferrara in Salerno, via Agostino Nifo n. 2;

contro

Alto Calore Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Amedeo Guerriero, con domicilio eletto presso lo studio Mario Gallo in Salerno, piazza Onofrio Coppola n. 3;
Commissione di Gara Alto Calore Servizi Spa, non costituita in giudizio;

nei confronti di

La Minopoli S.r.l. con Socio Unico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Crispo, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Scipione Bobbio n.15;

per l'annullamento,

- a) della nota prot. n.8287 del 14.06.2017, in pari data trasmessa a mezzo p.e.c. alla ricorrente, con la quale la Alto Calore S.p.A. ha comunicato la intervenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto il Servizio di pulizia presso gli uffici societari, CIG 6834234C4C, in favore della società La Minopoli S.r.l. (senza ulteriori dati in ordine al provvedimento di aggiudicazione definitiva, come si legge nella nota impugnata sub a);
- b) della determina di avvenuta aggiudicazione come genericamente indicata nella nota impugnata sub a) ed in particolare della Determina Dirigenziale n. 5 del 30.5.2017 di aggiudicazione definitiva i cui riferimenti (quanto a data della determina e numero della stessa) sono stati comunicati alla ricorrente solo con nota dell'Alto Calore Servizi prot. 9439 del 30.06.2017, ovvero con la nota che avviava le operazioni di passaggio di cantiere, allo stato sospese, all'esito di nota del legale della Blue Service che anticipava la proposizione di ricorso;
- c) del verbale di gara n. 8 relativo alla seduta del 26.04.2017, laddove si è provveduto alla attribuzione dei punteggi alla offerta tecnica presentata da La Minopoli senza alcuna motivazione e/o predeterminazione dei criteri di valutazione;
- d) del verbale di gara n. 9 relativo alla seduta del 16.05.2017, laddove la Commissione ha provveduto ad aggiudicare in via provvisoria il servizio alla Minopoli s.r.l., nonché laddove ha omesso di sottoporre l'offerta presentata dalla odierna controinteressata a verifica di anomalia;
- e) nonché, in via gradata e per quanto possa occorrere, del verbale n. 5 relativo alla seduta del 30.01.2017 e del verbale n. 3 del 04.01.2017, laddove si è provveduto alla attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche senza alcuna motivazione e/o predeterminazione dei criteri di valutazione;
- f) di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, in quanto lesivo degli interessi di parte ricorrente, ivi compresa la nota dell'Alto Calore Servizi S.p.A. prot. 9272 del 27.6.2017 di riscontro e parziale accoglimento della richiesta di accesso agli

atti formulata dalla ricorrente, in particolare per quanto attiene alla non ostensione del progetto tecnico presentato da La Minopoli di cui si contesta la correttezza quanto alla attribuzione del punteggio da parte della Commissione di gara; e per l'accertamento del diritto al risarcimento dei danni tutti cagionati alla ricorrente dall'illegittimo modus operandi della Commissione, laddove non sia possibile il ristoro in forma specifica;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Alto Calore Servizi S.p.A. e della La Minopoli S.r.l. con Socio Unico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2017 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato all'amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del Tar, la società ricorrente ha impugnato la nota prot. N. 8287 del 14.6.2017 con cui la Alto Calore s.p.a. ha aggiudicato l'appalto avente ad oggetto il Servizio di Pulizia presso i propri uffici societari in favore della Minopoli s.r.l.

Quest'ultima si è costituita regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

La Alto Calore s.p.a. si è costituita regolarmente in giudizio, eccependo, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Alla pubblica udienza del 10.10.2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

In via preliminare, in coerenza con l'ordine logico delle questioni, come delineato dall'art. 76, comma 4, che richiama l'art. 276, comma 2, c.p.c., deve essere esaminata la questione di giurisdizione.

La Alto Calore s.p.a. ha evidenziato di essere un'impresa pubblica tenuta a seguire le regole dell'evidenza pubblica solo per i settori speciali, nell'ambito dei quali non rientrerebbe l'appalto oggetto della presente controversia. La società ricorrente ha preso atto di quanto esposto dalla società resistente, ma ha evidenziato che anche nei confronti delle imprese pubbliche si applica la disciplina dell'evidenza pubblica per i settori estranei, attraverso il richiamo ai principi generali di derivazione euro-unitaria contenuto nell'art. 27 del d.lgs. 163/2006.

Ritiene il Collegio che l'eccezione di difetto di giurisdizione sia fondata.

Da quanto risulta dagli atti del giudizio, la Alto Calore Servizi s.p.a. - i cui soci sono Comuni della provincia di Avellino e della provincia di Benevento e la Provincia di Avellino - gestisce il servizio di captazione, adduzione e distribuzione di acqua potabile per oltre 120 Comuni delle Province di Avellino e di Benevento, nonché quello fognario e depurativo.

Ritiene il Collegio che la Alto Calore s.p.a. sia un'impresa pubblica e che l'appalto in contestazione abbia ad oggetto il Servizio di Pulizia presso gli uffici della società, un servizio, dunque, estraneo alla disciplina prevista dal d.lgs. 50/2017..

Il Consiglio di Stato ha già chiarito che «per stabilire la natura pubblica o privata della società Alto Calore Servizi s.p.a. ... si deve aver riguardo al regime giuridico che conforma l'attività degli organi societari, gli atti adottati e ... il rapporto di impiego con i dipendenti. Alla luce di tali indici la società rientra nel genus delle società di diritto privato» (sez. V, sent. n. 4510/2015).

Secondo poi le definizioni di cui all'art. 3, co. 1 lett. t), d.lgs. n. 50/2016, sono «imprese pubbliche, le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono

proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
- 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

Dagli atti del presente giudizio è emerso in maniera incontestata la ricorrenza dei requisiti sopra menzionati.

Acclarato, quindi, che la Alto Calore s.p.a. è un'impresa pubblica, rileva, al fine della questione di giurisdizione, l'art. 3, comma 1, lett. e), secondo cui sono enti aggiudicatori le imprese pubbliche che svolgono una delle attività tra quelle indicate dagli articoli 115 a 121 (per quello che interessa nella fattispecie, il riferimento è all'art. 117, rubricato "Acqua").

Tale norma succede a quella già contemplata dal d.lgs. 163/2006 (art. 3, comma 29), che aveva attuato la direttiva 2004/17/CE, varata al dichiarato fine di garantire la tutela della concorrenza in relazione a procedure di affidamento di appalti da parte di enti operanti in settori sottratti, per il passato, alla concorrenza e al diritto comunitario dei pubblici appalti, i c.d. settori esclusi, che, dopo l'intervento comunitario, sono divenuti i settori speciali (ex esclusi).

Come sottolineato dall'Adunanza Plenaria 16/2011, l'intervento del diritto comunitario, finalizzato ad attrarre alla disciplina di evidenza pubblica settori in precedenza ritenuti regolati dal diritto privato, ha però comportato la necessità di mantenere i connotati di specialità di detti settori, rispetto a quelli ordinari, mediante una disciplina più flessibile, che lascia maggiore libertà alle stazioni appaltanti, e

soprattutto restrittiva quanto all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione; conseguentemente, il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l'ambito soggettivo dei settori speciali, ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l'ambito di ciascun settore speciale.

L'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere, quindi, desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919 e Ad. Pl. cit.).

La Alto Calore s.p.a., come rilevato, è una società per azioni sotto il controllo pubblico che gestisce quale concessionaria il servizio di captazione adduzione e distribuzione di acqua potabile per 125 comuni delle Province di Avellino e Benevento.

Le norme del Titolo IV del d.lgs. 50/2016 si applicano, ai sensi dell'art. 117, alla messa a disposizione e alla gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile. Le imprese pubbliche, quindi, quando affidano un appalto in tali settori devono osservare le specifiche regole concorrenziali delineati nel titolo IV sopra citato. Non si possono applicare tali norme in relazione a servizi che sono solo collegati al settore speciale di riferimento; va, infatti, evidenziato che il legislatore limita l'autonomia negoziale delle imprese pubbliche, imponendo loro determinate regole, solo perché in determinati settori, caratterizzati da un sostanziale monopolio, è necessario favorire la concorrenza. Tali esigenze, tuttavia, non sussistono qualora il servizio affidato non rientri nei settori speciali né è strettamente strumentale all'attività propria del concessionario di pubblico servizio

Né può sostenersi che la Alto Calore s.p.a. sia un organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), non essendo emerso che la relativa attività abbia carattere non industriale e commerciale.

Ciò trova conferma nella previsione di cui all'art. 8, d.lgs. n. 50/2016: «1. Gli appalti destinati a permettere lo svolgimento di un'attività di cui agli articoli da 115 a 121 [compresa, dunque, la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile e l'alimentazione di tali reti con acqua potabile, di cui all'art. 117], i concorsi di progettazione organizzati per il perseguimento di tale attività, nonché le concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori, non sono soggetti al presente codice se l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili [...]». A tal fine, sono mercati liberamente accessibili quelli indicati nell'allegato VI del codice, per i quali sono stati adottati i provvedimenti attuativi, ovvero quelli rispetto ai quali l'accesso è libero di fatto e di diritto; sicché, con l'adozione dei previsti provvedimenti attuativi, l'esclusione riguarderà anche il servizio idrico integrato (compreso nel citato all. VI come «C. Produzione, trasporto o distribuzione di acqua potabile»).

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha fatto applicazione di tale principio, anche se nel vigore del vecchio codice degli appalti, evidenziando che dinanzi ad un appalto estraneo ai settori speciali, di cui all'art. 217, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, che sia stato posto in essere da un'impresa pubblica, va affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, per converso, la giurisdizione del giudice ordinario (Consiglio di Stato, sez. V, 03/02/2015, n. 497).

Né può tornare utile, ai fini della giurisdizione, il richiamo all'art. 27 d.lgs. 163/2006, norma sostanzialmente riprodotta dall'art. 4 del d.lgs n. 50/2016, nella versione precedente al correttivo del 2017 (cfr., art. del d.lgs. 56/2017), secondo cui «l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture dei

contratti attivi esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”.

L'adunanza plenaria, con la già citata sentenza n. 16/2011, ha chiarito che la norma si riferisce ai contratti dallo stesso codice “nominati”, ancorché al solo scopo di escluderli dal proprio ambito, e non anche quelli da esso non menzionati, neppure per escluderli. Infatti sarebbe paradossale che il codice apprestasse una disciplina per una categoria residuale e illimitata di contratti da esso non contemplati. In altre parole, i “contratti esclusi in tutto o in parte” sono pur sempre quelli che si agganciano ai settori ordinari o speciali di attività contemplati dal codice.

Si tratta in definitiva di contratti che in astratto potrebbero rientrare nel settore di attività, ma che vengono eccettuati con norme di esenzione, per le ragioni più disparate. Non si tratta pertanto di appalti semplicemente “esclusi”, - ossia rientranti in astratto nell'ambito di applicazione delle direttive ma specificamente “esentati” - , bensì di appalti del tutto “estranei” all'ambito di azione della direttiva 2004/17/CE (ora direttiva 2014/25/UE).

L'art. 4 del d.lgs. 50/2016 non può, quindi, applicarsi all'appalto in questione che non rientra nei “contratti esclusi in tutto o in parte” dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, ma appartiene ai contratti “estranei” all'ambito applicativo della direttiva 2014/25/UE.

Né è pertinente il richiamo all'art. 12 del d.lgs. 50/2016, che menziona un contratto escluso dall'applicazione della normativa del codice dei contratti, al quale, quindi, potenzialmente potrebbe applicarsi la disciplina residuale dell'art. 4.

L'art. 12, infatti, esclude l'applicazione della disciplina del codice alle concessioni aggiudicate per: a) fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio

pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile; b) alimentare tali reti con acqua potabile.

Il presente giudizio, invece, ha ad oggetto un procedura ad evidenza pubblica indetta dal concessionario in relazione ad un servizio di pulizia presso gli uffici societari della Alto Calore s.p.a. che, quindi, non rientra nel fuoco applicativo dell'art. 12.

Infine, non rileva neanche la circostanza che la Alto Calore s.p.a. abbia scelto discrezionalmente di instaurare una (non necessaria) procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente; il c.d. autovincolo, cui si assoggetta un'impresa pubblica, se è idoneo a rendere applicabili le regole del codice dei contratti pubblici, è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione (cfr., ancora Cons. Stato, Ad. Pl. n. 16/2011).

Le considerazioni che precedono consentono di concludere nel senso dell'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice adito, con facoltà, per la parte ricorrente, di riproporre la domanda, nei termini di legge, innanzi al Giudice ordinario competente.

La complessità della presente controversia giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione, facendo salvi, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del c.p.a., gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice ordinario entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato di questa decisione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Maurizio Santise, Primo Referendario, Estensore

Valeria Ianniello, Referendario

L'ESTENSORE
Maurizio Santise

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO