

Publicato il 10/04/2018

N. 00508/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01609/2017 REG.RIC.

 logo

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1609 del 2017, proposto da Hanzo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Leonardo Limberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Alberti 16;

contro

Publiacqua Spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Leonardo Masi e Sarah Fontana, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Leonardo Masi in Firenze, corso Italia, 2;

nei confronti

Frankestein S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Cervo e Germana Parlapiano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Pietro Cervo in Firenze, borgo Pinti 80;

per l'annullamento

del provvedimento, di estremi incogniti, trasmesso alla ricorrente via PEC il 23 novembre 2017, e precedentemente comunicato il 24 ottobre 2017, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva *“relativa alla gara n. 681250, C.I.G. N. 716299634B riguardante l'“Individuazione di un'agenzia grafica/di comunicazione che presenti un progetto di creatività che racconti ed identifichi l'azienda”*;

nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ancorché ignoto, tra i quali, per quanto occorrer possa:

dei verbali di gara delle sedute del 6 e 9 ottobre 2017);

della lettera di invito alla procedura;

delle specifiche tecniche;

di tutti gli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'operatore economico aggiudicatario, tra i quali la nota di richiesta giustificazione prezzi, la relazione trasmessa da Frankenstein s.r.l. e il verbale di gara n. 3 di accettazione delle giustificazioni offerte;

dell'art. 10, comma 2 del Regolamento Aziendale per la disciplina dei contratti e degli appalti, limitatamente alle censure sollevate col secondo mezzo di gravame.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Frankenstein S.r.l. e Publiacqua Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2018 il Consigliere Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società Hanzo Srl ha impugnato il provvedimento trasmesso alla ricorrente il 23 novembre 2017 e precedentemente comunicato il 24 ottobre 2017 avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva *“relativa alla gara n. 681250, C.I.G. N. 716299634B avente ad oggetto l'“Individuazione di un'agenzia grafica/di comunicazione che presenti un progetto di creatività che racconti ed identifichi l'azienda”*.

L'appalto di servizi sopra citato prevedeva l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2 D.lgs. n. 50/2016, per un importo a base di gara stimato in Euro 150.000,00 per il triennio 2017-2019 e, quindi, per euro 50.000,00 annui, sulla base dello svolgimento di una procedura negoziata mediante interpello di operatori economici qualificati attraverso il *“sistema di qualificazione servizi”*.

Ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, ciascun concorrente era tenuto a presentare un *“progetto di creatività che racconti e identifichi l'azienda”*, esemplificandone *“i valori e i punti di forza sul territorio”* attraverso *“più strumenti di diffusione ed utilizzi (inserzioni stampa, banner, affissioni, pagine su programmi teatrali, ecc.)”*.

Con nota trasmessa via PEC in data 24 ottobre 2017 Publicacqua S.p.A. ha comunicato alla ricorrente gli esiti della procedura e la conseguente aggiudicazione definitiva della gara all'operatore economico Frankenstein S.r.l..

Nell'impugnare i sopra citati provvedimenti si sostiene l'esistenza dei seguenti vizi:

1. la violazione dell'art. 35 e dell'art. 95 D.lgs. n.50/2016, in considerazione del fatto che la lettera di invito avrebbe fissato un criterio di attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica indeterminato, sproporzionato ed illogico;

2. la violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara e il venire in essere di vari profili di eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità manifesta, sviamento di potere e contraddittorietà.

Nel giudizio si è costituita la società Publiacqua Spa e la società Frankenstein S.r.l., quest'ultima in qualità di soggetto controinteressato.

Entrambe dette parti resistenti hanno eccepito il difetto di giurisdizione di questo Tribunale e, ancora, l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione nei termini della lettera di invito, nella parte in cui quest'ultima avrebbe fissato un criterio di attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica indeterminato, sproporzionato ed illogico.

Nel merito si sono contestate le argomentazioni proposte, chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 20 dicembre 2017 la società ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare in precedenza proposta, mentre all'udienza del 14 marzo 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Va dichiarato il difetto di giurisdizione di questo Tribunale in luogo del Giudice Ordinario territorialmente competente, accogliendo sul punto l'eccezione proposta dalle parti resistenti.

1.1 A tal fine è necessario premettere che Publiacqua Spa è un'impresa pubblica a capitale misto pubblico-privato, alla quale è demandata la gestione esclusiva del servizio idrico integrato nell'ATO n. 2 Basso Valdarno.

1.2 Detta qualificazione risulta ammissibile sulla base della definizione contenuta nell' art. 3, co. 1 lett. t) del D.lgs. n. 50 del 2016, laddove si prevede che 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"*.

1.3 L'esistenza dei presupposti sopra citati è evidente laddove si consideri che il capitale sociale della società Publiacqua Spa è in maggioranza di proprietà di amministrazioni aggiudicatrici, sia in forma diretta che indiretta, tramite la società Consiag S.p.a., holding partecipata esclusivamente da amministrazioni aggiudicatrici.

1.4 Ne consegue che sussistono tutti i presupposti affinché la società Publiacqua Spa possa essere qualificata tra le imprese pubbliche e tra gli "Enti aggiudicatori", secondo la definizione dell'art. 3, comma 1, lett. e), enti questi ultimi tenuti all'osservanza della disciplina contenute nelle sole parti II e III del D.lgs. 50/2016, disciplinanti gli appalti e le concessioni nei suddetti "settori speciali" e non anche la parte I, concernente i settori ordinari.

1.5 Dette disposizioni trovano applicazione, sotto il profilo oggettivo, esclusivamente agli appalti o alle concessioni aggiudicati per lo svolgimento dell'attività speciale, mentre non trovano applicazione “*agli appalti e concessioni aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121*” (art. 14 comma 1 D.lgs. 50/2017, ma nello stesso senso, art. 207 del previgente D.lgs. 163/2006).

1.6 Come sottolineato a partire dall'Adunanza Plenaria (sentenza n. 16/2011), l'intervento del diritto comunitario, finalizzato ad attrarre alla disciplina di evidenza pubblica settori in precedenza ritenuti regolati dal diritto privato, ha 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.

1.7 Nemmeno può essere condivisa la qualificazione come “organismo di diritto pubblico” e, ciò, considerando che se è vero che Publiacqua è una società con propria personalità giuridica e dotata di capitale in maggioranza pubblico, non può, invece, ritenersi società costituita al fine di soddisfare esigenze “*aventi carattere non industriale o commerciale*”, requisito teleologico quest'ultimo che non sussiste considerando che la stessa Publiacqua è inserita nell'ambito del mercato di riferimento e, pertanto, soggetta al rischio di impresa.

1.8 Si consideri, inoltre, che l'assoggettabilità alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base del solo criterio 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, dovendo necessariamente verificare la

riferibilità del servizio all'attività speciale (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919).

1.9 Un appalto o una concessione può considerarsi “*strumentale*” all'attività speciale dell'ente aggiudicatore quando si pone, rispetto a detta attività, in un rapporto funzionale di mezzo a fine (Cons. Stato, Ad. Plen., 1.8.2011, n. 16; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 24.3.2017, n. 3878; T.A.R., Campania, Salerno, Sez. I, 1.12.2017, n. 1690. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 30.11.2016, n. 2276; T.A.R. Campania Salerno Sez. I, Sent., del 01-12-2017, n. 1690).

2. Al contrario non sussiste l'obbligo di applicare tali norme con riferimento ad affidamenti che sono solo collegati al settore speciale di riferimento e, quindi, tutte le volte che il servizio affidato non rientri nei settori speciali, né sia strettamente strumentale all'attività propria del concessionario di pubblico servizio.

2.1 Applicando detti principi al caso di specie è evidente che non è suscettibile di essere qualificato come affidamento strumentale un appalto avente ad oggetto la “*individuazione di un'agenzia grafica/di comunicazione che presenti un progetto di creatività che racconti ed identifichi l'azienda*”, in quanto l'oggetto dell'appalto non è direttamente riferibile e strumentale al settore “idrico” di cui all'art. 117 D.lgs. 50/2016.

2.2 A conferma di ciò è lo stesso regolamento per la disciplina dei contratti e degli appalti della società Publicacqua che ha, individuato nell'allegato B, gli appalti c.d. estranei, ricomprendendo tra questi ultimi proprio i servizi di pubblicità.

2.3 In conclusione l'appalto in esame non risulta direttamente riferibile e strumentale al settore speciale idrico di cui all'art.117, comma 1, lett.a), circostanza quest'ultima che ha l'effetto di

determinare l'inapplicabilità della disciplina di cui al D.lgs. 50/2016, essendosi in presenza di un appalto "estraneo", come tale non assoggettato alla disciplina del Codice degli appalti.

2.4 Ne consegue il venire in essere di un difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo a conoscere le controversie riguardanti la gestione di detti servizi, così come confermato anche da recenti pronunce (Cons. Stato Sez. V, 03-02-2015, n. 497).

2.5 L'eccezione di difetto giurisdizione del giudice amministrativo è, pertanto, fondata e va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario territorialmente competente.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del G.A, in favore del G.O., innanzi al quale le parti potranno riassumere il giudizio nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ricchiuto

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO