

I PRINCIPI COMUNITARI IN TEMA DI NON DISCRIMINAZIONE E PARITÀ DI TRATTAMENTO IMPONGONO UN'ADEGUATA PUBBLICITÀ ANCHE NELLE PROCEDURE A TRATTATIVA PRIVATA.

Nota a sentenza del dott. M. Agliocchi

[estratto da *Informator*, 3, 2008]



T.R.G.A. di Trento n. 174 dell' 8 novembre 2007

1. Il caso deciso. Parte ricorrente impugnava gli atti adottati da un comune Trentino con i quali veniva indetta una trattativa privata, previo confronto concorrenziale ai sensi dell'art. 21 c. 2 lett. h) e c. 5 della L.P. 23/1990, per l'affidamento dell'incarico di realizzazione di un progetto urbanistico esecutivo riferito ad un'area estrattiva.

Al confronto concorrenziale venivano invitati 57 professionisti che venivano individuati anche in quanto residenti nel territorio comunale, in quello di altri comuni limitrofi interessati alla medesima area estrattiva e in altri tre comuni del Trentino. Quale criterio di scelta del contraente veniva adottato quello del prezzo più basso, senza valutazione alcuna degli aspetti tecnico qualitativi del realizzando progetto. Al confronto partecipavano 10 professionisti, la maggior parte residenti nel comune che aveva indetto la procedura comparativa. L'incarico veniva infine assegnato ad un professionista residente nel comune appaltante.

La censura principale formulata dal ricorrente atteneva la violazione delle norme comunitarie (artt. 43 e 55 del Trattato CE) ed interne in materia di concorrenza e pubblicità delle gare; in particolare, il ricorrente lamentava la violazione dei principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento, di libertà di stabilimento professionale.

2. La questione di fondo. L'oggetto principale del caso sottoposto all'esame del T.R.G.A. di Trento riguarda l'applicabilità dei principi comunitari stabiliti dal Trattato CE e dal diritto comunitario derivato, come interpretati dalla Corte di Giustizia CE, al territorio della Provincia autonoma ed in particolare i riflessi che ne conseguono sulle procedure di trattativa privata previste dall'art. 21 della L.P. 23 del 19/07/1990 e ss. mm.

3. La soluzione del T.R.G.A. di Trento. Il Tribunale amministrativo Trentino non ha esitato ad affermare che i principi generali di derivazione comunitaria trovano applicazione anche nel territorio della Provincia autonoma, posto che esprimendo parametri destinati a governare in funzione omogeneizzatrice gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea, essi debbono trapassare in questi ultimi, senza che occorra alcuna mediazione interna ⁽¹⁾.

¹ Cfr. *ex multis* sentenza della Corte di Giustizia dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03; sentenza del 17 settembre 2002, causa C-513/1999.

Pertanto, sostiene il T.R.G.A., si impone una lettura della disciplina legislativa e regolamentare della Provincia autonoma orientata al rispetto dei principi comunitari, come sancito dalle leggi statali annuali di recepimento delle normative comunitarie, dallo stesso Statuto di Autonomia del Trentino Alto Adige e dal novellato art. 117 della Costituzione, alla stregua dei quali anche la legislazione primaria delle Province autonome non può non uniformarsi al rispetto dei principi generali di diritto comunitario.

Da tale ragionamento consegue, secondo il T.R.G.A., che anche la procedura della trattativa privata prevista dall'art. 21 della L.P. 23/90 non avrebbe potuto prescindere dal necessario riferimento agli articoli 6 e 7 della L. 205/2000, con approdo dunque alla trattativa soltanto dopo un preventivo confronto concorrenziale di stampo pubblicistico fra quanti siano interessati a parteciparvi ⁽²⁾.

Aggiunge inoltre il T.R.G.A. che l'aver limitato l'accesso alla gara esclusivamente a chi fosse in possesso della residenza nel territorio del comune appaltante ed in pochi altri, tutti comunque del territorio della Provincia di Trento, è circostanza illegittimamente limitativa e di carattere discriminatorio, che non può trovare ingresso nell'ordinamento nazionale.

Il T.R.G.A. precisa ancora che il confronto concorrenziale avrebbe anche dovuto svolgersi con valutazione sia del profilo tecnico sia del profilo economico, come previsto dall'art. 13 c. 4 del D.P.G.P. 22/05/1991 n. 10-40/Leg., al fine di addivenire ad una scelta che sia la più vantaggiosa per l'Amministrazione, previa adeguata valutazione sia del corrispettivo offerto sia della componente tecnica della prestazione proposta.

In conclusione il T.R.G.A. delinea quello che sarebbe dovuto essere il corretto *modus operandi* del comune, che gli avrebbe consentito di non incappare nei rilevati vizi di legittimità:

- a) in primo luogo era necessario dare congrua pubblicità della gara con la pubblicazione di un bando aperto senza limitazione alcuna di carattere territoriale;
- b) era poi necessario procedere alla scelta del contraente, in base alle richieste pervenute, con una valutazione tecnico-economica riferita ad un corrispettivo stabilito a priori, individuando almeno 3 soggetti da ammettere poi al confronto diretto fra di loro;
- c) ed infine procedere al conferimento dell'incarico, a seguito di una motivata valutazione, al professionista che abbia presentato l'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione.

In tal modo, precisa il T.R.G.A., l'applicazione della normativa provinciale non avrebbe pretermesso sotto alcun profilo i principi generali di diritto comunitario.

² Cfr. sentenze delle Cass. SS. UU. del 13 febbraio 1988 n. 64, sentenza del 5 febbraio 1999 n. 24 e sentenza del 20 novembre 2003 n. 17635; sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 15 febbraio 2002 n. 934 e sentenza, Sez. V, del 10 marzo 2003 n. n. 1285 e sentenza Sez. VI del 2 marzo 2001 n. 1206.

4. Il commento. La sentenza in rassegna è di notevole interesse per gli operatori del settore contratti ed appalti degli enti pubblici locali soggetti all'applicazione della L.P. 23/1990 per almeno tre motivi.

Innanzitutto il T.R.G.A. sgombra il campo da eventuali dubbi sull'applicazione diretta del diritto comunitario nel territorio della Provincia di Trento sottolineando il valore di fonte sovraordinata delle disposizioni contenute nel Trattato CE e nel diritto comunitario derivato. Come risulta dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, richiamata nella sentenza del T.R.G.A., l'applicazione del diritto comunitario nei singoli Stati membri e relative articolazioni organizzative non necessita di alcuna mediazione interna svolgendo sostanzialmente una funzione conformativa dei rispettivi ordinamenti giuridici.

Quanto affermato dal T.R.G.A. si pone in linea con l'evoluzione giurisprudenziale interna che, a partire dalle sentenze della Corte Costituzionale 170/1984, 113/1985, 389/1989 e della Corte di Giustizia CE sin dal "*leading case*" Simmenthal del 9 marzo 1978 in C 106/1977, ha sempre più costantemente affermato la necessità di disapplicare – da parte del giudice, ma anche da parte del funzionario – il diritto interno contrastante con il diritto comunitario.

Ad analoghe conclusioni la prevalente giurisprudenza interna era anche pervenuta con riferimento alla diretta applicazione nell'ordinamento interno delle norme e dei principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo fino a quando la Corte Costituzionale con le importanti sentenze 348 e 349 del 24 ottobre 2007, in materia di indennità di esproprio e di risarcimento conseguente ad occupazioni illegittime, ha statuito l'applicabilità di tali disposizioni e principi unicamente per mezzo del vaglio di costituzionalità ex art. 117 della Costituzione.

Tornando al caso deciso dal T.R.G.A., le incertezze più sentite dagli operatori riguardano in particolare la disciplina applicabile agli appalti c.d. "sotto soglia" comunitaria, che tradizionalmente sono lasciati alla disciplina normativa degli Stati membri dell'Unione Europea e, nel territorio della Provincia autonoma, in forza delle competenze legislative primarie, alla legislazione provinciale.

A tal proposito, il T.R.G.A., in linea con la costante giurisprudenza richiamata nella sentenza in commento, afferma che anche nel settore degli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria devono trovare applicazione sia le norme ed i principi del Trattato CE, sia le norme ed i principi del diritto comunitario derivato come interpretati dalla Corte di Giustizia CE.

Tra i principi fondamentali di diritto comunitario rilevanti per la soluzione del caso esaminato il T.R.G.A. valorizza il principio di pubblicità e di concorrenza, dai quali derivano i principi di non discriminazione, di parità di trattamento e di libertà di stabilimento professionale all'interno dell'Unione Europea.

In tale ottica è quindi inammissibile la limitazione dell'accesso alla procedura concorrenziale esclusivamente ad imprese con sede in un limitato ambito territoriale.

Un secondo aspetto che merita di essere evidenziato e che costituisce la immediata conseguenza delle conclusioni assunte dal T.R.G.A. in merito all'applicazione diretta del diritto comunitario nella Provincia di Trento e ai c.d. appalti "sotto soglia" riguarda l'interpretazione, che possiamo definire evolutiva, dell'art. 21 della L.P. 23/1990.

Afferma il T.R.G.A. che l'unica lettura della norma citata che consenta di ritenerla rispettosa del diritto comunitario, in particolare del principio di pubblicità e di concorrenza, è quella di considerare necessaria la pubblicazione di un bando aperto anche nelle procedure di trattativa privata preceduta da confronto concorrenziale.

Tale conclusione riveste un sicuro valore innovativo per gli operatori del settore che erano abituati alla pubblicazione di bandi aperti unicamente per le procedure della licitazione privata, disciplinata dall'art. 18 della L.P. 23/1990, dell'asta pubblica, disciplinata dall'art. 19 della L.P. 23/1990 e dell'appalto-concorso di cui all'art. 20 della L.P. 23/1990. Per quanto riguarda le trattative private previste dall'art. 21 c. 4 lett. h) e c. 5 della L.P. 23/1990 non si era soliti pubblicare un bando, ma si provvedeva unicamente, secondo quanto previsto dalla lettera della legge e del relativo regolamento attuativo, all'invito al confronto concorrenziale di almeno tre imprese tra quelle indicate negli elenchi di cui all'art. 12 della medesima legge e in possesso dei requisiti necessari.

Al contrario, il T.R.G.A. sostiene la necessità di pubblicare un bando anche nelle procedure da ultimo viste, ritenendo non sufficiente a garantire la pubblicità e la concorrenza del mercato, l'invito diretto dei potenziali concorrenti, anche in numero di gran lunga superiore a quello minimo previsto dalla legge provinciale (come nel caso di specie, dove sono stati invitati ben 57 professionisti).

Si segnala peraltro che tale conclusione era già stata fatta propria dalla Commissione Europea che nella comunicazione interpretativa pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1 agosto 2006 n. C 179 relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici" – e quindi anche gli appalti sotto soglia, oltreché quelli dei c.d. settori esclusi – ha evidenziato il valore fondamentale e la coerenza per gli Stati membri delle disposizioni e dei principi del Trattato CE, tra i quali appunto il principio di pubblicità e di concorrenza.

Infine, il T.R.G.A. evidenzia come, nel caso di specie, il criterio di scelta del contraente debba essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con conseguente valutazione di aspetti tecnico-qualitativi ed economici, non potendo addivenirsi, in particolar modo quando si intenda disporre l'affidamento di prestazioni di carattere tecnico-professionale, ad una scelta basata unicamente sul parametro del prezzo offerto.

Anche tale affermazione si pone in linea con l'orientamento giurisprudenziale prevalente che tende oggi, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, a valorizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in quanto consente alle stazioni appaltanti una migliore ponderazione dell'offerta sulla base di una bilanciata valutazione dell'elemento prezzo e dell'elemento qualità.

In tal senso si orienta anche la L.P. 23/1990, come modificata dalla L.P. 8/2006, che all'art. 18 c. 12 sembra esprimere un giudizio di netto favore per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, subordinando l'adozione del criterio del prezzo più basso unicamente se giustificato da ragioni di opportunità connesse all'oggetto del contratto.

Non va peraltro sottaciuto che il codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006 art. 81) sembra porre sullo stesso piano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso, lasciando alla stazione appaltante la decisione, ampiamente discrezionale, quindi sindacabile solo in base ai parametri della logicità e ragionevolezza, sul metodo da adottare (³).

³ Cfr. sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, del primo agosto 2007 n. 7172; sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, del 14 marzo 2007 n. 1246, sentenza della Corte di Giustizia del 7 ottobre 2004, causa C-103/04.