

**N. 30034/2010 REG.SEN.**

**N. 00316/2010 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Bis)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 316 del 2010, integrato da  
motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Del Bo s.c. a r.l., rappresentato e difeso dagli avv.ti  
Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, ed elettivamente  
domiciliato presso il loro studio in Roma, alla via G.B. De Rossi, n.  
30;

***contro***

Fondazione ENPAM, Ente Nazionale di Previdenza e Assistenza  
Medici Odontoiatri, rappresentato e difeso dall'avv. Filippo  
Brunetti, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del difensore  
in Roma, alla via XXIV Maggio, n. 43;

***nei confronti di***

Cazzani s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enzo Robaldo, Pietro Ferraris e Maurizio Zoppolato, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, alla via del Mascherino, 72;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

della aggiudicazione definitiva della gara per l'appalto dei "Lavori di riordino degli impianti elevatori a servizio del complesso immobiliare di proprietà sito in Milano, via Cavriana n. 14" e della nota di comunicazione in data 3 novembre 2009; dei verbali di gara, dell'aggiudicazione provvisoria e delle valutazioni, di contenuto ignoto alla ricorrente, espresse dalla commissione giudicatrice in ordine alla congruità dell'offerta aggiudicataria; della nota in data 15 dicembre 2009; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la pregressa aggiudicazione provvisoria.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente resistente e della società controinteressata;

Viste le memorie difensive presentate dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 19 luglio 2010 il cons. Massimo L.

Calveri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso notificato in data 29 dicembre 2009, il Consorzio Del Bo (inde: Consorzio) impugnava gli atti in epigrafe e, in particolare, l'aggiudicazione definitiva della gara per l'appalto dei "Lavori di riordino degli impianti elevatori a servizio del complesso immobiliare di proprietà sito in Milano, via Cavriana n. 14", indetta dalla Fondazione Enpam con bando in data 26 maggio 2009.

1.1.- Esponeva che l'aggiudicazione era da disporsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'importo a base d'asta di euro 480.033,07; che il disciplinare di gara stabiliva per l'assegnazione dei punteggi max 40 punti per l'offerta tecnica e max 60 punti per il prezzo, e che l'impresa Cazzani conseguiva il massimo punteggio per l'offerta economica, avendo offerto un ribasso esorbitante pari al 43,1611%.

Soggiungeva che nella seduta del 23 luglio 2009 la commissione di gara, rilevata l'entità del ribasso, procedeva alla verifica di anomalia, comunicando all'impresa di avere "riscontrato che i giustificativi presentati non sono congruenti con l'offerta economica complessiva", e chiedendole "di volere ampliare l'analisi dei giustificativi a tutte le voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara".

In data 3 novembre 2009, l'Enpam comunica l'aggiudicazione definitiva della gara a favore della controinteressata.

A seguito di accesso agli atti, il Consorzio segnalava all'ente appaltante l'incongruità dei giustificativi allegati a corredo dell'offerta e quelli presentati in riscontro alla richiesta della commissione giudicatrice; l'Enpam, con nota del 15 dicembre 2009, comunicava però che "l'offerta dell'impresa Cazzani non è da considerarsi anormalmente bassa e dal momento che la

Commissione giudicatrice ha ritenuto congrua l'offerta economica mediante l'analisi dei giustificativi, si ritiene corretta la decisione assunta dalla Fondazione".

1.2.- Impugnando tali atti, il Consorzio formulava tre articolati motivi deducendo:

- violazione della nota Enpam 31 luglio 2009 e degli artt. 86, 87 d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi in materia di anomalia; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà;

- violazione dell'art. 86 d.lgs. n. 163/2006, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto, art. 7; eccesso di potere per illogicità manifesta, arbitrarietà, contraddittorietà, travisamento dei fatti; violazione dei principi in materia di anomalia, carenza di istruttoria, falso presupposto, difetto di motivazione;

- violazione della lex specilais e della par condicio dei concorrenti; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneo apprezzamento dei fatti, difetto di motivazione.

1.3.- Resistendo al ricorso, le controparti ne eccepivano l'infondatezza; l'Enpam opponeva tra l'altro il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 1, comma 10-ter, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162 convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2008, n. 201.

1.4.- Con atto notificato in data 24 febbraio 2010, il Consorzio proponeva motivi aggiunti chiedendo la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto stipulato in data 28 dicembre 2009.

1.5.- Da ultimo, con distinte memorie, le parti hanno ulteriormente illustrato i rispettivi assunti difensivi insistendo nelle contrapposte

richieste; alla pubblica udienza del 19 luglio 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.- In limine, va esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'ente resistente nel modo che segue.

Sulla premessa che nella specie si controverte di un appalto di lavori pubblici di valore a base d'asta di 483.033,27 euro, e quindi inferiore alla soglia comunitaria, si sostiene - ove mai fosse applicabile il codice degli appalti (che peraltro sarebbe da escludersi per le argomentazioni poi svolte dall'ente opponente) - che l'appalto si sarebbe potuto affidare ai sensi della previsione contenuta nell'art. 122, comma 7-bis, del d.lgs. 163/2006, secondo cui i: "lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500,000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti a cura del responsabile del procedimento nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero".

A parte ciò, la procedura di affidamento in questione riguarderebbe un appalto "privato" affidato da un soggetto con personalità giuridica privata non assoggettabile alla giurisdizione del giudice amministrativo in ragione del fatto che l'art. 1, comma 10-ter del d.l. 162/2008 dispone: " Ai fini della applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non rientrano negli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico gli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili

pubblici di carattere finanziario, di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e di cui al decreto legislativo 10 febbraio 1996, n. 103, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture”.

Enpam rientrerebbe pacificamente nell'ambito soggettivo di applicabilità di tale disposizione per essere tra le casse previdenziali private (fondazioni) sorte dalla trasformazione di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza, e avvenuta, ai sensi del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, con decreto interministeriale 24 novembre 1995.

Conseguirebbe che Enpam è soggetto non tenuto all'applicazione del codice degli appalti pubblici e quindi non assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Ed è in aderenza a quanto precede che nelle premesse del bando si era puntualizzato che “ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 10 -ter DL n. 162 del 23.10.2008, convertito in legge n. 201 del 22.12.2008, la Fondazione Enpam è persona giuridica esonerata dall'applicazione della disciplina di cui al Dlgs 12/04/2006, n. 163: non effettua quindi appalti di lavori pubblici. Pertanto, ogni riferimento a norme riguardanti lavori pubblici indicate nel presente bando manifesta la volontà dell'Ente di recepire le suddette norme esclusivamente nei limiti in cui sono citate, come modalità regolatrici dell'appalto”.

Trattandosi di previsione del bando non impugnata, e comunque non contestata, conseguirebbe la palese inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione.

2.1.- L'eccezione non è fondata.

2.1.1. – Quanto al primo profilo dell'eccezione, è condivisibile quanto opposto dalla difesa della ricorrente a confutazione dell'assunto secondo cui gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, come quello all'esame, sono appalti privati con conseguente non assoggettamento delle relative procedure di affidamento alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Invero, la formulazione dell'invocato art. 122 non giustifica l'interpretazione proposta, atteso che tale disposizione contiene pur sempre un esplicito riferimento alla procedura di evidenza pubblica, reso evidente dall'esigenza del rispetto, anche per l'affidamento di tali contratti, “dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza”.

Consegue che anche le controversie concernenti tali appalti - cui corrisponde solo un procedura semplificata secondo il modulo tipizzato dall'art. 122, anche per il venir meno degli “obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale” (comma 1) previsti dal codice dei contratti – sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, secondo la regola juris posta con l'art. 244 del d.lgs. n. 163/2006.

2.1.2.- Di diversa consistenza è l'ulteriore profilo con il quale si prospetta il difetto di giurisdizione di questo giudice, nella considerazione che, ai sensi del riportato art. 1, comma 10-ter, gli enti previdenziali trasformati in fondazioni non costituiscono organismi di diritto pubblico ai fini dell'applicazione del d.lgs. 163/2006, “fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture”.

2.1.3.- Anche tale eccezione non merita di essere apprezzata.

La difesa del Consorzio ricorrente, nel premettere che la norma è stata inserita in sede di conversione in legge del d.l. n. 162/2008 e che essa “rappresenta un fulgido esempio di una censurabile prassi parlamentare volta all’inserimento di norme interpretative senza adeguata meditazione del contesto e delle implicazioni che esse comportano rispetto a ordinamenti sovra ordinati”, valorizza l’interpretazione sistematica e logica (il comma 10- ter in questione si inserisce in un articolo volto a disciplinare la materia dell’adeguamento dei prezzi nei contratti pubblici e lo stanziamento di fondi pubblici nella ipotesi che risultino insufficienti, per far fronte alle cd. “compensazioni” e risorse di cui al comma 8 del medesimo articolo) per concludere – accedendo a un’interpretazione conservativa – che il legislatore abbia voluto solo proteggere l’erario dal rischio di erogare agli ex enti previdenziali fondi pubblici nella evenienza di cui al comma, incorrendo in violazione del divieto posto dal d.l.s. 509/1994. Tale posizione interpretativa risulterebbe confermata dall’ultima parte del comma de quo, nella parte in cui si fanno “salve le misure di pubblicità di lavori, servizi e forniture”, nel senso che tale precisazione non andrebbe intesa come salvezza soltanto delle mere formalità di pubblicazione ma anche delle disposizioni che regolano il contenuto dei bandi e degli altri aspetti dell’evidenza pubblica ricompresi nella parte II del codice degli appalti.

Ritornerebbe quindi decisiva la disposizione dell’art. 244 del codice, che afferma la giurisdizione del giudice amministrativo ogni qualvolta i committenti risultino ex lege tenuti all’applicazione di regole di evidenza pubblica.

2.1.4.- Ancorché la tesi sia svolta con argomentazioni non prive di suggestione, e comunque plausibili sotto il profilo della collocazione sistematica della norma, essa non riesce però a superare il dato filologico della norma stessa chiaramente inteso ad escludere dalla nozione di organismo di diritto pubblico, e quindi ad esonerare dall'applicazione della disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica, gli enti specificatamente individuati dalla norma, tra i quali non potrebbero non ricomprendersi quelli che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza, tra i quali appunto l'Enpam, Ente nazionale di previdenza e assistenza medici, riconducibile agli enti di cui al d. lgs. 509/1994.

2.1.5.- Sembra invece al Collegio che la formulazione della norma offra argomenti contrari alla tesi non condivisa dalla parte ricorrente.

Afferma infatti la norma che l'esclusione dagli organismi di diritto pubblico può essere predicata nei riguardi degli "enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e [de] gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e di cui al decreto legislativo 10 febbraio 1996, n. 103, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture".

Orbene, la valorizzazione di quanto affermato dalla giurisprudenza in ordine alla sussistenza in capo ad Enpam dell'elemento della "dominanza pubblica", ai fini della sua connotazione come organismo di diritto pubblico (di ciò si dirà più oltre), consentirebbe già di escludere l'applicabilità della norma nei riguardi dell'ente.

Infatti, se la contribuzione obbligatoria posta a carico degli iscritti dell'ente realizza una forma indiretta di concorso finanziario dello Stato, sussiste la condizione (finanziamento pubblico o altri ausili finanziari pubblici) che vale ad includere la sussunzione delle associazioni e delle fondazioni (già enti di diritto pubblico e poi trasformati in enti di diritto privato) tra gli organismi di diritto pubblico.

2.1.6.- Vi è comunque un ulteriore e decisivo piano di considerazioni che porta a disattendere la tesi che la fondazione resistente non possa qualificarsi organismo di diritto pubblico, e che – secondo la puntualizzazione recata dal bando avente ad oggetto la gara dedotta nel giudizio – Enpam sia “persona giuridica esonerata dall'applicazione della disciplina di cui al Dlgs 12/04/2006”.

Come puntualmente osservato dal Consorzio ricorrente, **la nozione di organismo di diritto pubblico è stabilita dall'ordinamento comunitario (secondo la definizione posta con l'art. 1, comma 9, della direttiva 18/2004, definizione poi recepita nell'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006) nella concorrenza di tre distinti requisiti: il possesso della personalità giuridica, la sussistenza di una dominanza pubblica, il perseguimento della soddisfazione di interessi generali di carattere non industriale o commerciale.**

In applicazione di tali indici, **l'elaborazione giurisprudenziale – dopo un'iniziale incertezza circa la sussunzione della fondazione Enpam nell'ambito degli organismi di diritto pubblico (cfr., sul punto, CdS, VI, 21 maggio 2009, n. 3141 2049) – ha riconosciuto in capo all'ente previdenziale, ancorché trasformato in fondazione, la sussistenza cumulativa delle richieste tre condizioni; in particolare, si è affermato (anche da parte della Sezione: sentt. 25 giugno 2007, n.**

4841; 4 aprile 2006, n. 2331: adde: CdS,VI, 19 luglio 2007, n. 4059), quanto all'elemento della dominanza pubblica (pacifica essendo la ricorrenza dei due requisiti della personalità giuridica e dell'elemento finalistico dell'attività) che esso è rinvenibile nel finanziamento pubblico per il fatto che la contribuzione obbligatoria di tipo solidaristico, posta a carico degli iscritti, realizza una forma indiretta di concorso finanziario dello Stato.

Tanto premesso, si deve fortemente dubitare della conclusione che Enpam non sia più assoggettabile alle regole dell'evidenza pubblica, in quanto sottratto al novero degli organismi di diritto pubblico, ai sensi del riferito art. 1, comma 10 -ter, del d.l. 162/2008 convertito in l. 201/2008.

Sotto un primo e generale profilo, quand'anche della norma potesse accogliersi l'interpretazione patrocinata dal resistente, non potrebbe non rilevarsi – in consonanza con quanto osservato dal ricorrente – che **allorquando un direttiva comunitaria formula definizioni di ordine generale (come quella di organismo di diritto pubblico), essa si pone con carattere vincolante nei confronti degli Stati membri; con la naturale conclusione – ad esplicazione dei pacifici principi che disciplinano i rapporti tra la normativa comunitaria e quella nazionale – della cedevolezza della norma interna che rechi una disciplina in contrasto con la norma transazionale, e della conseguente doverosità del giudice di disapplicarla.**

A tale conclusione induce la **fattispecie all'esame, nella quale è ravvisabile un'eclatante violazione del diritto comunitario.**

Infatti, la menzionata norma del 2008 modifica in via unilaterale l'Allegato III della direttiva 18/2004, il quale, nell'elencare gli

organismi e le categorie di organismi di diritto pubblico di cui all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva, vi ricomprende gli “enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza (**agencies administering compulsory social security and welfare schemes**)”, enti cui sono riconducibili quelli di cui al d. lgs. 509/1994 e al d. lgs. n. 103/96, citati dall'art. 1, comma 10-ter, del d.l. 162/2008. Tanto in violazione peraltro della procedura stabilita dall'art. 79, comma 1, lett. d) della predetta direttiva, in base al quale **solo la Commissione può modificare, secondo la procedura consultiva di cui al precedente art. 77, paragrafo 2, “gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico di cui all'allegato III, allorché ciò si renda necessario in base a quanto notificato dagli Stati membri”** (nel caso all'esame, sembra da escludere – non avendo l'ente resistente fornito prova al riguardo – che l'Italia abbia provveduto a notificare alla Commissione le modifiche intervenute negli elenchi in questione).

**Sulla base di quanto precede, e in ragione dell'acclarato contrasto, va disposta la disapplicazione dell'art. 1, comma 10-ter, del d.l. 162/2008 per contrasto con la direttiva comunitaria 18/2004, così riaffermandosi le conclusioni, più volte ribadite dalla giurisprudenza amministrativa, circa la qualificazione di Enpam come organismo di diritto pubblico, con conseguente obbligo per l'ente di uniformarsi nelle procedure per l'esecuzione di lavori alle disposizioni dettate dal codice dei contratti pubblici.**

3.- Il ricorso è pertanto ammissibile.

3.1.- Con il ricorso si deduce quanto segue:

a.- ancorché la s.a. avesse rilevato l'incongruenza dei giustificativi presentati in sede di offerta rispetto all'offerta economica complessiva, prescrivendo all'impresa aggiudicataria di "ampliare l'analisi dei giustificativi a tutte le voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara", l'impresa Cazzani avrebbe presentato giustificazioni integrative insufficienti;

b.- per quanto attiene alle giustificazioni preventive presentate dalla controinteressata a corredo dell'offerta economica, l'applicazione del ribasso all'importo complessivo a base di gara delle voci giustificate comporterebbe un importo complessivo offerto per le voci giustificate inferiore all'ammontare dei costi desunti dalle schede giustificative, con una perdita pari a circa il 5%;

c.- le schede giustificative presentate nel corso della verifica in contraddittorio (nota Cazzani in data 11 settembre 2009) evidenzerebbero che l'applicazione del ribasso all'importo complessivo a base di gara delle voci giustificate comporterebbe un importo complessivo offerto per le voci giustificate inferiore all'ammontare dei costi desunti dalle schede giustificative, con una perdita pari a circa il 2%;

d.- le considerazioni, svolte dalla controinteressata nella nota 11 settembre 2009 di accompagnamento delle giustificazioni integrative, relative alla voce di prezzo 45057 (nn. d'ordine del computo metrico 12, 13, 14, 15 e 16) e alle c.d. lavorazioni generiche (nn. d'ordine del computo 46, 47, 48 e 49) sarebbero inammissibili e inattendibili per le ragioni esplicitate nel terzo motivo di ricorso.

3.2.- In ordine alle esposte deduzioni il Collegio, anche in adesione alla richiesta formulata dal Consorzio ricorrente, ritiene necessario

disporre consulenza tecnica per verificare i dati di fatto desumibili dalle censure proposte in base alla documentazione agli atti di causa. A tal fine nomina un consulente tecnico nella persona dell'ing. Claudio Solustri che vi provvederà, redigendo apposita e documentata relazione scritta, nel termine di 60 (sessanta) giorni dalla comunicazione della presente decisione.

Alla scadenza del predetto termine, il consulente trasmetterà la relazione ai consulenti delle parti costituite, se da queste nominati e previamente comunicati al consulente tecnico d'ufficio.

Nel successivo termine di 30 (trenta) giorni dalla trasmissione della relazione ai consulenti di parte, questi comunicheranno al c.t.u. le loro osservazioni sulla relazione, che sarà conclusivamente depositata nell'ulteriore termine di 20 (venti) giorni, assieme alle osservazioni delle parti ed a una sintetica valutazione delle stesse.

4.- In conclusione, alla stregua di quanto precede, dichiarata la giurisdizione di questo giudice in ordine al presente ricorso, si dispone consulenza tecnica con le modalità e nei tempi sopra indicati.

Le spese di lite e il compenso da corrispondere al consulente sono riservate al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. III-bis, parzialmente decidendo il ricorso in epigrafe, così dispone:

- a.- dichiara al propria giurisdizione sulle domande azionate con il ricorso e i motivi aggiunti;
- b.- dispone consulenza tecnica per gli accertamenti di cui in parte motiva;

- c.- nomina c.t.u. l'ing. Claudio Solustri che provvederà a detti accertamenti , nei termini e con le modalità indicate in motivazione;
- d.- riserva al definitivo la determinazione delle spese di lite e del compenso del consulente tecnico;
- e.- rinvia per il prosieguo alla pubblica udienza dell'11 novembre 2010.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Paolo Restaino, Consigliere

Massimo Luciano Calveri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/08/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO