

N. 01778/2013 REG.PROV.COLL.
N. 08641/2012 REG.RIC.



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 il Lazio
(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8641 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Rete Ferroviaria Italiana - RFI Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Galli e Valentina Paoletti Gualandi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Domenico Galli in Roma, piazza della Croce Rossa, 2/c;

contro

ATAC Spa Azienda per la Mobilità, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Michetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Nicotera, 29;

nei confronti di

C.I.S.P.I. - Centro Italiano Sicurezza Prevenzione Informazione Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Camillo Lerio Miani e Francesco Miani, con i quali elettivamente domicilia presso lo studio dell'avv. Luigi Napolitano in

Roma, via Sicilia, 50;

per l'annullamento

della comunicazione di ATAC Spa di aggiudicazione dell'appalto in favore di C.I.S.P.I. Srl;

del provvedimento n. 70/2012 con cui ATAC Spa ha aggiudicato la procedura di gara a favore di C.I.S.P.I. Srl;

del provvedimento con il quale detta aggiudicazione è stata eventualmente dichiarata efficace;

della deliberazione n. 51/2012 e del provvedimento dell'Amministratore Delegato di ATAC n. 23/2012 e degli altri provvedimenti con cui la stazione appaltante ha determinato di invitare alla procedura di gara (relativamente al lotto 1) anche C.I.S.P.I. Srl e, per quanto occorrer possa, dell'art. 5 della lettera di invito;

dell'art. 7 del capitolato speciale nella denegata ipotesi in cui dovesse essere interpretato, in contrasto con l'art. 6 del D.M. n. 88/99, nel senso di consentire la partecipazione di C.I.S.P.I. alla gara;

di eventuali chiarimenti con i quali ATAC abbia ritenuto legittima la partecipazione di C.I.S.P.I. alla gara, relativamente al lotto 1;

del provvedimento con cui C.I.S.P.I. sia stata eventualmente inserita nell'albo fornitori di ATAC, nella sottosezione relativa alle prestazioni di cui al D.M. n. 88/99;

del verbale n. 1 del 18 aprile 2012, nella parte in cui la commissione ha ritenuto completa ed idonea la documentazione prodotta da C.I.S.P.I. Srl;

per quanto occorrer possa, del verbale della commissione permanente per la valutazione della congruità dell'offerta del 24 luglio 2012, n. 65, nella parte in cui l'offerta della C.I.S.P.I. è stata ritenuta congrua;

per quanto occorrer possa, delle note n. 70/U, n. 71/U e 72/U del 25

luglio 2012, con cui la competente commissione ha comunicato la congruità dell'offerta della C.I.S.P.I.;
di ogni altro connesso, collegato, presupposto e consequenziale
nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, con richiesta espressa di subentro anche in corso di esecuzione
nonché per l'impugnativa, quanto ai motivi aggiunti:
del silenzio rigetto serbato sull'informativa *ex art.* 243 bis d.lgs. n. 163/2012 trasmessa da RFI ad ATAC in data 17 ottobre 2012.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ATAC Spa e di C.I.S.P.I. Centro Italiano Sicurezza Prevenzione Informazione Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2013 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente ha esposto di essere stata invitata, con nota del 28 marzo 2012, da ATAC Spa ad una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, per “l'affidamento per un periodo di tre anni, ai sensi del d.lgs. n. 81/08, del D.M. 88/09, nonché dell'Intesa C.U. Stato – Regioni del 30.10.2007 e del provvedimento C.U. Stato – Regioni del 19.08.2008, delle attività di sorveglianza sanitaria”.

Ha soggiunto che la procedura è stata suddivisa in tre lotti e che il presente giudizio riguarda il lotto n. 1 avente ad oggetto “le prestazioni sanitarie nel rispetto dell'ex DM 88/99: visite di assunzione, revisione e

contestuali accertamenti di sostanze stupefacenti nel corpo per il personale con mansioni di autista, macchinista e conduttore”.

ATAC Spa, con provvedimento dell'Amministratore delegato n. 70 del 10 settembre 2012, ha preso atto dell'esito della procedura ed ha approvato l'aggiudicazione del servizio, per il lotto 1, a C.I.S.P.I. Srl, per un importo complessivo triennale di € 1.320.734,25 oltre IVA di legge.

Di talché, RFI Spa ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del D.M. 23.02.1999 n. 88; violazione degli artt. 7, 7.1 e 7.5 del capitolato speciale di appalto; violazione dell'art. 5 della lettera di invito. Manifesta illogicità. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Il provvedimento di aggiudicazione sarebbe illegittimo in quanto adottato a favore di un soggetto che, ai sensi della disciplina vigente e della *lex specialis*, non potrebbe svolgere le prestazioni oggetto di affidamento.

Sarebbero legittimati a svolgere le visite mediche di revisione e di ammissione, ai sensi dell'art. 6 del D.M. 23 febbraio 1988, prioritariamente, la Direzione Sanità delle Ferrovie dello Stato e le sue dipendenze periferiche e, all'occorrenza e qualora tecnicamente possibile, gli organi del Servizio Sanitario Nazionale. Altrettanto chiare risulterebbero le prescrizioni della *lex specialis* e cioè l'art. 5.1 della lettera di invito e l'art. 7.1 del capitolato.

Violazione e falsa applicazione dei limiti in tema di subappalto, ed in particolare, dell'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 17 della lettera di invito. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Il provvedimento di aggiudicazione sarebbe stato disposto a favore di un soggetto privo dei requisiti di esecuzione, che si è riservato di

subappaltare la pressoché totalità delle prestazioni oggetto di gara, in violazione degli espressi limiti previsti dall'art. 118, co. 2, d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 17 della lettera di invito. La controinteressata, peraltro, si sarebbe limitata ad indicare le parti delle prestazioni oggetto di subappalto, senza indicare il soggetto al quale intendeva subappaltare, laddove l'indicazione del subappaltatore sarebbe obbligatoria nei casi in cui il soggetto sia totalmente sprovvisto dei requisiti per lo svolgimento, in via autonoma, delle prestazioni.

Il ricorso al subappalto per C.I.S.P.I. si configurerebbe non come una mera facoltà ma come una assoluta necessità essendo soggetto privo dei requisiti per poter eseguire le prestazioni, per cui l'indicazione del subappaltatore non assumerebbe un rilievo solo formale, ma avrebbe portata sostanziale, rispondendo all'esigenza della stazione appaltante di conoscere, sin dal momento della gara, se il concorrente possa essere in condizione di eseguire correttamente le prestazioni oggetto di affidamento.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2012. Violazione e falsa applicazione degli articoli 5,1 lett. b), e 6, lett. a), della lettera di invito. Eccesso di potere. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Manifesta illogicità. Difetto di motivazione.

Il C.I.S.P.I. avrebbe omesso di produrre le dichiarazioni attestanti l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, lett. b) e m-ter), del codice dei contratti pubblici nei confronti del sig. Francesco Maione, consigliere e vice presidente dell'impresa abilitato a sostituire il presidente "in caso di assenza dello stesso" ed indicato dallo statuto quale amministratore dotato di "tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione".

Violazione e falsa applicazione degli articoli 41, 42 e 48 d.lgs. n. 163/2012.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 della lettera di invito e della lex specialis di gara in tema di comprova dei requisiti. Violazione del principio della par condicio. Eccesso di potere. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

La C.I.S.P.I., in alternativa, non avrebbe dimostrato il possesso del requisito di idoneità tecnico – organizzativo attraverso contratti aventi ad oggetto servizi analoghi e dichiarazioni rese dai committenti pubblici. Con motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato, per i medesimi motivi esposti nel ricorso introduttivo, il silenzio formatosi sull'informativa trasmessa ad ATAC in data 17 ottobre 2012 ai sensi dell'art. 243 *bis* d.lgs. n. 163 del 2012, in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

ATAC Spa, in via preliminare, ha eccepito la carenza di interesse all'impugnazione atteso che la stessa riguarderebbe la determinazione di procedere ad una gara pubblica nonostante l'esistenza di un asserito diritto di privativa in capo ad RFI per lo svolgimento delle prestazioni di cui al DM 88/1999; la ricorrente avrebbe dovuto contestare la determinazione dell'Azienda di indire la gara pubblica, non potendo, una volta preso parte alla stessa, far valere motivi di doglianza avverso gli atti a valle della procedura.

Il controinteressato CISPI ha anch'esso eccepito la tardiva impugnazione della *lex specialis* e l'inammissibilità per carenza di interesse delle censure volte a contestare la partecipazione della controinteressata; ha altresì eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Nel merito, le parti resistenti hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte, concludendo per il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza di questa Sezione 29 novembre 2012 n. 4275 “ritenuto, ad una prima sommaria delibazione, che il ricorso appare assistito da adeguato *fumus boni iuris* in quanto, a

prescindere da ogni altra considerazione sulle questioni dedotte, l'art. 7.1 del capitolato speciale d'appalto sembra individuare tra i soggetti ammessi a partecipare alla gara la Direzione Sanità delle Ferrovie dello Stato e le sue dipendenze periferiche e, ove tecnicamente possibile, gli organi del Servizio Sanitario Nazionale".

All'udienza pubblica del 16 gennaio 2013, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di difetto di giurisdizione è infondata.

L'art. 133 del codice del processo amministrativo devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

1.1 Il Collegio, in primo luogo, ritiene che l'ATAC Spa, il cui capitale è al 100% di proprietà di Roma Capitale, possa essere qualificata organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, co. 26, del codice dei contratti pubblici.

L'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

- istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- dotato di personalità giuridica;
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui

organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

La nozione di organismo di diritto pubblico è definita da un punto di vista funzionale con riferimento esclusivo ai tre requisiti cumulativamente enunciati, per cui, al fine di risolvere la questione della eventuale qualificazione di un soggetto di diritto privato come organismo di diritto pubblico, si deve verificare se l'ente interessato soddisfi contemporaneamente i detti requisiti in quanto il carattere di diritto privato dell'ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa comunitaria e nazionale (cfr. *ex multis*: Corte giustizia CE, II, 13 gennaio 2005, n. 84).

In altri termini, la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico è indifferente alla natura giuridica, pubblica o privata, dei soggetti ai quali si riferisce, assumendo rilievo ai soli fini della individuazione della normativa applicabile per la scelta del contraente.

Nel caso di specie, la presenza del secondo e del terzo requisito, personalità giuridica e controllo da parte dell'ente locale, è indubbia avendo ATAC natura di società per azioni ed essendo stata costituita dal Comune di Roma, titolare del 100% del suo capitale, come società in *house* per la gestione del servizio di trasporto locale.

Ai fini della qualificazione di tale Azienda come organismo di diritto pubblico, occorre quindi verificare se sussiste o meno il c.d. requisito teleologico, vale a dire se la stessa sia stata istituita per la soddisfazione di un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale.

Il Collegio, premesso l'ontologico interesse di carattere generale perseguito da un'Azienda che gestisce il servizio di trasporto pubblico

locale, ritiene che, nel caso di specie, sussiste anche il requisito teleologico poiché ATAC Spa - considerato che al servizio di trasporto pubblico locale, in ragione della sua rilevanza per la collettività stanziata sul territorio, l'ente locale ha preferito provvedere mediante società *in house*, senza ricorrere al mercato - non svolge attività commerciale in regime di concorrenza, ma opera in regime di esclusiva, e non sostiene il conseguente rischio di impresa.

La giurisprudenza comunitaria ha evidenziato che la nozione di organismo di diritto pubblico rientra nell'ambito del diritto comunitario e, pertanto, deve ricevere in tutta la Comunità un'interpretazione autonoma ed uniforme, che deve essere ottenuta tenendo conto del contesto della disposizione nella quale essa figura e dell'obiettivo perseguito dalla normativa di riferimento.

In particolare, ha sottolineato come da una giurisprudenza costante risulti che costituiscono bisogni generali aventi carattere non industriale o commerciale quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, d'altro lato, per motivi connessi all'interesse generale, la pubblica amministrazione preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante. L'esistenza o la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale deve essere valutata tenendo conto dell'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione di rischi collegati a tali attività nonché il

finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, VI, 16 ottobre 2003, causa n. 283/00 Commissione delle Comunità Europee/Regno di Spagna).

La Corte di Giustizia ha anche successivamente indicato che, tra l'altro, occorre prendere in considerazione: l'eventuale ricerca di un profitto da parte del soggetto della cui natura si discute; la struttura del mercato di riferimento ed il suo eventuale assetto concorrenziale; la circostanza per cui l'ente in discorso rappresenti o meno l'unico soggetto in grado di esercitare l'attività per la quale è stato costituito con la conseguenza che esso potrebbe lasciarsi guidare, nell'aggiudicazione dei suoi appalti, da considerazioni diverse da quelle economiche. A tale riguardo è indifferente che, oltre a questo compito di carattere generale, l'ente svolga anche altre attività a scopo di lucro, dal momento che continua a farsi carico dei bisogni d'interesse generale che è specificamente obbligato a soddisfare, per cui la parte che le attività esercitate a scopo di lucro occupano nell'ambito delle attività globali dell'ente è priva di rilevanza ai fini della sua qualifica come organismo di diritto pubblico (Corte Giustizia Comunità Europee, 10 aprile 2008, causa C-393/06 – ING Aigner).

La giurisprudenza nazionale, con ampi richiami alla citata giurisprudenza comunitaria, ha anch'essa recentemente evidenziato il ruolo che il carattere concorrenziale dell'attività svolta assume al fine di individuare la sussistenza o meno del requisito teleologico (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 7 aprile 2010, n. 8225).

In definitiva, sulla base della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia e della esegesi della relativa normativa, il Collegio ritiene che, nell'ambito dei servizi pubblici, la differenza sostanziale tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico non riposa nel modello

organizzativo adottato, ma nella circostanza che l'impresa pubblica è esposta alla concorrenza, gestisce servizi rinunciabili da parte dell'ente di riferimento, subisce o può subire perdite commerciali, mentre l'organismo di diritto pubblico è caratterizzato dalla mancata esposizione alla concorrenza, dalla irrinunciabilità del servizio e dal conseguente obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell'ente di riferimento.

Nella fattispecie in esame, occorre considerare che, come emerge dallo Statuto di ATAC Spa (nel testo accessibile via Internet), la Società è stata costituita ai sensi dell'art. 113, commi 4, lett. a) 5 lett. c) e 13 del Testo Unico Enti Locali ed è soggetta all'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 e 2497 *bis* cod. civ. da parte del Comune di Roma Capitale.

L'art. 6, comma 3, dello Statuto prevede che il Comune di Roma Capitale, nella sua qualità di socio della Società, può effettuare finanziamenti alla Società, fruttiferi o infruttiferi, nel rispetto delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia.

L'art. 20, comma 3, dispone inoltre che gli utili netti, dopo il prelevamento di una somma non inferiore al 5% per la riserva legale, sino a che questa non abbia raggiunto un quinto del capitale sociale, sono ripartiti fra i soci, salvo diversa deliberazione dell'Assemblea, la quale può destinare in tutto o in parte gli utili distribuibili a nuovi investimenti e al miglioramento dei servizi affidati alla Società e all'ulteriore sviluppo dell'attività sociale secondo i programmi indicati dall'Assemblea stessa in sede di approvazione del bilancio di esercizio.

Con deliberazione n. 35 del 3 febbraio 2012 (nel testo accessibile via Internet), la Giunta Capitolina di Roma ha prorogato i contratti di servizio tra Roma Capitale ed ATAC Spa per i servizi di trasporto

pubblico locale e mobilità privata sino al 31 dicembre 2012. In tale delibera, ha premesso, tra l'altro, che: ATAC Spa è società a capitale interamente pubblico e partecipata interamente dal Comune di Roma, con il quale peraltro realizza la parte più importante della propria attività; il Consiglio Comunale, con deliberazione n. 229 del 6 dicembre 2004 (nel testo accessibile via Internet), ha approvato il nuovo statuto sociale di ATAC Spa costituendo la stessa come azienda *in house* ai sensi dell'art. 113, co. 5, lett. c), d.lgs. n. 267 del 2000; l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 è stato modificato dall'art. 25, punto b), comma 6, lett. a), del d.l. n. 1 del 2011 il quale ha previsto la possibilità di spostare il termine di decadenza agli affidamenti *in house* alla data del 31 dicembre 2012; per ottemperare a quanto stabilito dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 l'amministrazione capitolina dovrà adottare una deliberazione quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio; la deliberazione quadro rappresenta la condizione necessaria affinché l'amministrazione possa procedere all'attribuzione dei diritti di esclusiva ai sensi dell'art. 4, comma 4, del d.l. n. 138 del 2011.

Nel contratto di servizio 2005/2011 (nel testo accessibile via Internet), infine, per quanto maggiormente interessa in questa sede, è indicato nelle premesse che il corrispettivo complessivamente necessario per coprire i costi dei servizi affidati ad ATAC Spa e di quelli svolti da Trambus Spa e Met.Ro. Spa è coperto in parte con le risorse regionali e comunali e in parte con i ricavi tariffari; l'art. 13 del contratto stabilisce poi che ATAC Spa si impegna a corrispondere (fino a concorrenza dell'importo massimo riconosciuto dal Comune di Roma), entro il 30 aprile dell'anno successivo all'espletamento del servizio, a tutte le società

di trasporto aventi titolo in base alla convenzione Metrebus, le quote di rispettiva competenza derivanti dalle agevolazioni tariffarie decise dal Comune di Roma all'interno del sistema Metrebus Roma e da esso rimborsate ad ATAC Spa (con esclusione della quota di agevolazioni relativa alla gratuità del servizio di TPL dei bambini di età compresa tra zero e dieci anni, che rimane di esclusiva competenza di ATAC Spa), con riferimento ai vigenti criteri di ripartizione dei ricavi definiti per le varie modalità di trasporto.

ATAC Spa, quindi, non opera, per lo meno per le attività che ne costituiscono il *core business*, in regime di concorrenza, gestendo un servizio pubblico essenziale ed irrinunciabile per la collettività, ad esso attribuito in esclusiva dall'ente locale che ne è titolare del capitale al 100%, i cui costi di servizio sono coperti solo in parte con i ricavi tariffari e per il resto con risorse regionali e comunali.

Ne consegue che nella fattispecie è assente il rischio di impresa inteso come il rischio cui è soggetta l'impresa che opera in un mercato a struttura concorrenziale e che, anche attraverso adeguate politiche di prezzo, deve cercare di conseguire quote redditizie nel mercato stesso.

L'assenza dell'ambiente concorrenziale in cui opera una Società è stato recentemente ritenuto di per sé solo elemento sufficiente per la sussistenza del c.d. requisito teleologico (cfr. Cass. Civ. SS.UU., 9 maggio 2011, n. 10068); tale indirizzo è in linea con l'accoglimento della nozione funzionale ricavabile dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui, se un'attività industriale o commerciale viene svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico, essa perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario ed il requisito che caratterizza l'organismo di diritto pubblico deve ricollegarsi ad un interesse

collettivo, sottratto ai mercati, i quali sono improntati esclusivamente ad un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale (cfr. Cons. St., V, 22 aprile 2004, n. 2292)

D'altra parte, tale conclusione è del tutto coerente con la *ratio* a base delle procedure ad evidenza pubblica e, quindi, dell'applicazione della normativa sui contratti pubblici, la quale, rivolgendosi a soggetti che utilizzano danaro della collettività è finalizzata, da un lato, alla individuazione del "giusto" contraente della stazione appaltante, vale a dire del contraente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione della prestazione, dall'altro, alla tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

La qualificazione di ATAC Spa come organismo di diritto pubblico determina la necessaria applicazione delle norme dell'evidenza pubblica, in quanto, anche ove l'appalto fosse da considerare come "estraneo" agli scopi istituzionali dell'Azienda nel settore speciale, nella scelta del contraente troverebbero applicazione le norme del codice dei contratti pubblici previste per i settori ordinari, con conseguente giurisdizione amministrativa esclusiva (per la riesplorazione dell'applicazione della disciplina degli appalti nei settori ordinari agli appalti "estranei" ai settori speciali nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, tra cui gli organismi di diritto pubblico, cfr. Ad. Plen. Cons. Stato, 1° agosto 2011, n. 16, che richiama Corte Gius. CE, 10 aprile 2008 C-393/06, Aigner).

1.2 Ad ogni buon conto, anche volendo ritenere, seguendo la prospettiva del controinteressato, che l'ATAC Spa possa essere qualificata non come organismo di diritto pubblico, ma come impresa pubblica ai sensi dell'art. 3, co. 28, del codice dei contratti pubblici, con conseguente esclusione dell'applicazione delle norme dell'evidenza

pubblica per gli appalti “estranei” all’attività istituzionale dell’Azienda, la questione di giurisdizione si rivela comunque infondata.

L’attività svolta da ATAC Spa rientra nell’ambito dei cc.dd. settori speciali e, specificamente, in quello dei servizi di trasporto di cui all’art. 210 del d.lgs. n. 163 del 2006.

L’art. 217 del codice dei contratti pubblici prevede che la parte terza del codice stesso – contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali – non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall’esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213.

L’assoggettabilità dell’affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali, quindi, non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo al fatto che ad affidare l’appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma deve tener conto anche di un parametro di tipo oggettivo, relativo alla riferibilità del servizio all’attività speciale.

L’oggetto dell’appalto di cui al lotto 1 è costituito dalle prestazioni sanitarie previste dal D.M. n. 88 del 1999 e dalle altre normative vigenti in materia di rapporto di lavoro.

In particolare, le società concorrenti sono state invitate a presentare un’offerta relativamente alle prestazioni sanitarie inerenti le visite mediche di revisione del personale di movimento previste dal protocollo sanitario punto 9 del D.M. n. 88 del 1999 (visita cardiologica con ECG, visita ORL con audiometria, spirometria, se espressamente richiesta dall’Azienda, accertamento psico-attitudinale, RX torace in due proiezioni, glicemia, emocromo, ves, transaminasi Got – Gtp, gamma GT, esame delle urine, creatinina, trigliceridi, visita medica con relazione, esame tossicologico, se espressamente richiesto in funzione

della qualifica, visita oculistica); l'ATAC si è riservata di effettuare anche le prestazioni previste negli allegati al D.M. n. 88 del 1999 e s.m.i. (visite mediche di assunzione del personale, visite mediche di idoneità al profilo professionale, visite di abilitazione, visite finalizzate al cambio profilo professionale, visite superiori a seguito di ricorso).

Il Collegio ritiene che l'aggiudicazione dell'appalto sia strumentale, ponendosi in rapporto di mezzo a fine, all'esercizio dell'attività istituzionale di trasporto svolto dell'Azienda, per cui rientra, sia pure indirettamente, tra gli scopi propri (*core business*) dello stesso.

L'aggiudicazione dell'appalto, quindi, è avvenuta per uno scopo omogeneo, e non diverso, rispetto all'esercizio dell'attività istituzionale, con conseguente inapplicabilità dell'art. 217 d.lgs. n. 163 del 2006 ed applicabilità della parte III del codice dei contratti pubblici.

Tale considerazione già sarebbe sufficiente per affermare in ogni caso la sussistenza della giurisdizione amministrativa ai sensi del richiamato art. 133, lett. e), del codice del processo amministrativo.

La giurisdizione amministrativa, peraltro, sussisterebbe anche ritenendo che l'appalto in discorso rientri tra i servizi di cui all'allegato II B del codice dei contratti pubblici, che include i servizi sanitari nonché i servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti nell'elenco dei servizi di cui agli artt. 20 e 21.

L'art. 20 stabilisce che l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

L'art. 27, comma 1, inoltre, dispone che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, avviene nel

rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità; l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto dell'appalto.

Il successivo terzo comma dell'art. 27 indica che le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità; se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto si applica l'art. 118.

In proposito, giova richiamare lo sviluppo argomentativo e le conclusioni, da cui il Collegio non ha alcun motivo per discostarsi, cui è pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2011.

In particolare, è stato chiarito che il citato art. 27 non contempla un "terzo settore" dei pubblici appalti, quelli "esclusi in tutto o in parte", che si aggiunge ai settori ordinari e ai settori speciali, ma si riconnette pur sempre agli appalti dei settori ordinari o speciali, e ai soggetti appaltanti di tali settori.

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.

Un caso diverso, invece, è quello dei contratti di cui all'art. 217, codice appalti, ossia, come detto, gli appalti posti in essere dagli enti aggiudicatori dei settori speciali in ambiti diversi dalle attività dei settori speciali, atteso che, in siffatte ipotesi, si è in presenza di una diversa categoria, comprendente qualsiasi tipo di appalto "estraneo" al settore speciale.

Pertanto, mentre nella prima fattispecie, vale a dire di appalti relativi ai servizi di cui all'allegato II B del codice, si tratta di appalti "esentati", vale a dire di appalti "esclusi" e, quindi, rientranti nell'ambito di applicazione delle norme dell'evidenza pubblica, ma "esentati" per specifiche ragioni, nel secondo caso si tratta di appalti "estranei" all'ambito di applicazione delle direttive comunitarie e della normativa nazionale in materia di appalti pubblici.

In definitiva, l'art. 27 del codice dei contratti pubblici, interpretato alla luce della giurisprudenza comunitaria, impone il rispetto dei principi del Trattato a tutela della concorrenza in relazione ai contratti "esclusi", sebbene "esentati", ma non anche ai contratti del tutto "estranei" agli scopi e all'oggetto del codice e delle direttive comunitarie.

Di talché, anche ove si ritenesse l'appalto in discorso rientrante tra i servizi sanitari o tra i servizi di supporto al settore dei trasporti di cui all'allegato II B del d.lgs. n. 163 del 2006, lo stesso, essendo strumentale al *core business* dell'Azienda, sarebbe da qualificare come "esentato" ai sensi dell'art. 27 del codice dei contratti pubblici, ma non come "estraneo" al settore speciale, con conseguente applicazione dei principi del Trattato a tutela della concorrenza e devoluzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 lett. e) del codice del processo amministrativo.

2. Parimenti infondata è l'eccezione di carenza di interesse, secondo cui, riguardando l'impugnazione la determinazione di procedere ad una gara pubblica nonostante l'esistenza di un asserito diritto di privativa in capo ad RFI per lo svolgimento delle prestazioni di cui al DM 88/1999, la ricorrente avrebbe dovuto tempestivamente contestare la determinazione dell'Azienda di indire la gara pubblica.

In primo luogo, occorre sottolineare che la ricorrente non aveva alcun

onere di impugnare l'indizione della gara in quanto RFI, peraltro con il solo primo motivo di impugnativa, ha prospettato l'esistenza non di un diritto di privativa a suo favore, ma della competenza ad effettuare le visite in discorso, ai sensi del D.M. n. 88 del 1999, da parte della Direzione Sanità delle Ferrovie dello Stato o delle sue dipendenze periferiche e degli organi del Servizio sanitario nazionale, come d'altra parte indicato al punto 7.1 del capitolato speciale d'appalto.

L'onere di immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis*, inoltre, discende dalla immediata lesività delle stesse, che sussiste allorquando siano obiettivamente, vale a dire senza alcun margine di interpretazione, escludenti e, quindi, impeditive della partecipazione alla procedura di gara di una determinata impresa o di una determinata categoria di imprese.

Diversamente, laddove tale carattere, come nel caso di specie, non sussiste, la lesione della posizione di interesse legittimo pretensivo sorge con l'aggiudicazione in favore di un terzo concorrente, sicché è dalla conoscenza di tale provvedimento che decorre il termine perentorio di impugnazione.

Con il presente ricorso, RFI ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione del lotto 1 della gara a favore di CISPI, che costituisce il provvedimento lesivo della propria sfera giuridica soggettiva; né avrebbe avuto l'onere di impugnare immediatamente l'ammissione alla gara del controinteressato, ammissione la cui legittimità è contestata con il primo motivo di impugnativa, e ciò proprio perché la lesione, solo potenziale con la partecipazione alla gara di C.I.S.P.I., si è concretizzata ed è divenuta attuale con l'aggiudicazione a favore di quest'ultimo.

Il ricorso, pertanto, è certamente ammissibile sussistendo entrambe le condizioni soggettive dell'azione.

3. Nel merito, il ricorso è fondato e va di conseguenza accolto.

Con il primo motivo di impugnativa, RFI ha sostenuto che il provvedimento di aggiudicazione del lotto 1 a favore di CISPI sarebbe illegittimo in quanto adottato a favore di un soggetto che, ai sensi della disciplina vigente e della *lex specialis*, non potrebbe svolgere le prestazioni oggetto di affidamento.

In particolare, sarebbero legittimati a svolgere le visite mediche di revisione e di ammissione, ai sensi dell'art. 6 del D.M. 23 febbraio 1988, prioritariamente, la Direzione Sanità delle Ferrovie dello Stato e le sue dipendenze periferiche e, all'occorrenza e qualora tecnicamente possibile, gli organi del Servizio Sanitario Nazionale, così come altrettanto chiare risulterebbero le prescrizioni della *lex specialis* e cioè l'art. 5.1 della lettera di invito e l'art. 7.1 del capitolato.

Il Collegio rileva che il D.M. n. 88 del 1999 è il regolamento recante norme concernenti l'accertamento ed il controllo dell'idoneità fisica e psico-attitudinale del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto ai sensi dell'art. 9, commi 3 e 4, del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 753.

L'allegato A detta le norme concernenti i criteri e le modalità per il controllo dell'idoneità fisica e psico-attitudinale del personale delle aziende gestori di reti ferroviarie – diverse da quelle concesse ad R.F.I. Spa con il decreto ministeriale 31 ottobre 2000 n. 138/T – e delle aziende esercenti servizi di trasporto sulle reti medesime, metropolitane, tramvie ed impianti assimilabili, filovie ed autolinee.

L'art. 6 dell'allegato A è rubricato “competenza ad effettuare le visite e ad adottare i provvedimenti di inidoneità” ed ai primi due commi stabilisce che le visite di cui ai precedenti articoli 2 e 3 (visite per l'ammissione in servizio e visite per revisione) vanno eseguite prioritariamente a cura della direzione sanità delle Ferrovie dello Stato e

delle sue dipendenze periferiche ovvero, all'occorrenza e qualora tecnicamente possibile possono essere effettuate a cura degli organi del Servizio sanitario nazionale, ferme restando le modalità e prescrizioni di cui al regolamento.

Il Collegio ritiene che, al fine di individuare l'ambito soggettivo di applicazione di tale normativa, debba farsi riferimento all'oggetto del regolamento che, come detto, è stato adottato ai sensi dell'art. 9, commi 3 e 4, del d.P.R. n. 753 del 1980.

Dette disposizioni indicano che “per il personale delle ferrovie in concessione e degli altri servizi di pubblico trasporto di competenza degli organi dello Stato l'accertamento delle idoneità ed il conseguimento delle abilitazioni sono regolati da apposite norme emanate dal Ministro dei trasporti” e che “per il personale dei servizi di pubblico trasporto di competenza delle regioni l'accertamento delle idoneità ed il conseguimento delle abilitazioni sono regolati da apposite norme emanate dal Ministro dei trasporti, se addetto a mansioni interessanti la sicurezza dell'esercizio, e dai competenti organi regionali, se addetto ad altre mansioni”.

Ne consegue che l'ambito soggettivo di applicazione delle norme di cui al regolamento approvato con d.P.R. n. 753 del 1980 comprende i servizi pubblici di trasporto di competenza degli organi dello Stato e delle regioni, ma non anche i servizi pubblici di trasporto di competenza degli enti locali.

Le previsioni di cui all'art. 6 dell'allegato A al detto regolamento, quindi, non sono cogenti per ATAC Spa, azienda di trasporti municipalizzata, che non era tenuta a limitare la partecipazione alla gara solo ad RFI ed agli organi del Servizio sanitario nazionale.

Tuttavia, le censure proposte dalla ricorrente con il primo motivo

d'impugnativa colgono nel segno laddove deducono che l'ammissione di CISPI alla procedura e la conseguente aggiudicazione in suo favore hanno violato la *lex specialis* della gara.

Infatti, il punto 7 del capitolato speciale d'appalto, nella descrizione del lotto 1, fa più volte espresso riferimento al D.M. n. 88 del 1999 e, soprattutto, il punto 7.1 del capitolato, nell'individuare i soggetti ammessi a partecipare alla gara, specifica che, "ai sensi del punto 6 del D.M. 88/1999, la competenza ad effettuare le visite sopra indicate è a cura della Direzione Sanità delle Ferrovie dello Stato e delle sue dipendenze periferiche e, ove tecnicamente possibile, a cura degli organi del Servizio Sanitario Nazionale".

L'art. 5.1 della lettera di invito, nell'individuazione dei soggetti ammessi a partecipare alla gara, rimanda per ogni lotto a quanto indicato agli artt. 7.1, 8.1 e 9.1 del capitolato.

Di talché, l'ammissione di CISPI e la conseguente aggiudicazione della gara in suo favore si rivelano illegittime non per violazione della norma regolamentare di cui all'art. 6 dell'allegato A al D.M. n. 88 del 1999, ma per violazione della *lex specialis* della gara e, quindi, del vincolo che la stazione appaltante si è autoimposta nell'adozione degli atti di disciplina della gara.

D'altra parte che il c.d. autovincolo sia idoneo a rendere applicabili le regole in esso richiamate è stato di recente ribadito dalla più volte citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2011.

La fondatezza di tale censura è senz'altro idonea, assorbite le ulteriori censure, a determinare l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Va da sé, invece, che il silenzio serbato dalla stazione appaltante sull'informativa ex art. 243 bis d.lgs. n. 163 del 2012, impugnato con i

motivi aggiunti, si presenta ininfluenza ai fini della disciplina del rapporto.

4. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 4,000,00 (quattromila/00), sono poste a favore della ricorrente ed a carico, in parti uguali, di ATAC Spa e C.I.S.P.I. Srl.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Condanna, in parti uguali, ATAC Spa e C.I.S.P.I. Srl al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 4,000,00 (quattromila/00), in favore della ricorrente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Germana Panzironi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

