

## Obbligo per RAI S.p.A di applicare le procedure ad evidenza pubblica (T.A.R. Lazio, sez. III, sent. 26 luglio 2019, n. 8341)

L'articolo 49 del T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici stabilisce espressamente che "per quanto non sia diversamente previsto dal presente testo unico la Rai Radiotelevisione s.p.a. è assoggettata alla disciplina generale delle società per azioni, anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione".

In tale quadro la RAI è configurata quale impresa pubblica - sotto forma societaria, in cui lo Stato ha una partecipazione rilevante - operante nel settore dei "servizi" pubblici di telecomunicazioni radio e televisive in concessione e, quindi, tenuta ad osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica, nonché le rispettive norme interne attuative, per la scelta dei propri contraenti in tutti gli appalti di valore eccedente le soglie indicate per i servizi di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 158 del 1995 ad eccezione delle sole procedure per l'aggiudicazione di appalti che siano relativi specificamente a servizi di radiodiffusione e televisione - settore "escluso" dalla Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992.

\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio  
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2993 del 2018, proposto da Obiettivo Immagine S.r.l., World Video Production S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Roberto Colagrande, Luigi Visconti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Visconti in Roma, viale Bruno Buozzi 99;

*contro*

Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli, Carmine Pepe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

*nei confronti*

Videoloop S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariangela Tuzza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Snap S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Bracarda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia presso il suo studio in Perugia, piazza B. Michelotti, 1; Video Mancio S.r.l., Video Reporter S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Catia Bibi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia presso il suo studio in Corciano, via G. di Vittorio, 122;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Abc Video Service S.r.l., D.R.M. – Dispositivi Riprese Mobili S.r.l., Emmepi Video S.r.l., Preset S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Claudio Fanasca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia presso il suo studio in Roma, viale Liegi n. 35/B;

per l'annullamento

del bando di gara, trasmesso in data 31 gennaio 2018 e pubblicato nel Supplemento alla G.U.U.E. - S23 del 2 febbraio 2018, avente ad oggetto la procedura indetta dalla RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.a. per l'affidamento del "servizio di riprese elettroniche ENG per l'area metropolitana di Roma", di durata pari a 12 mesi rinnovabile per ulteriori 12 mesi, articolato in 6 lotti, per un valore complessivo pari a € 12.000.000,00, oltre IVA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A e di Videoloop S.r.l. e di Snap S.r.l. e di Video Mancio S.r.l. e di Video Reporter S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2019 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per le parti i difensori l'Avv. L. Visconti, l'Avv. A. Lirosi, l'Avv. C. Fanasca, l'Avv. M. Tuzza anche in sostituzione degli Avv. B. Bracarda e l'Avv. C. Bibi.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato in G.U.U.E. il 2 febbraio 2018 la RAI S.p.a. ha indetto una "procedura esclusa dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 49-ter del d.lgs. 177/2005, per l'affidamento del "Servizio di riprese elettroniche ENG per l'area metropolitana di ROMA", suddivisa in 6 lotti aventi il medesimo oggetto.

Il criterio di aggiudicazione è stato stabilito nell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

La società Obiettivo Immagine S.r.l. e la Video World Production S.r.l. hanno impugnato il predetto bando e la relativa documentazione di gara, deducendo i seguenti motivi

1) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 17 d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 49-ter d.lgs. n. 177/2005. Omessa applicazione e/o elusione della disciplina dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere: sviamento; errore di fatto e travisamento dei presupposti; contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza; violazione degli artt. 3 e 97 Cost.-.

Il bando e la stessa delibera di indizione escludono illegittimamente l'applicazione della normativa in tema di contratti pubblici,

Dall'oggetto ("servizio di riprese elettroniche ENG per l'area metropolitana di Roma") e dalla documentazione di gara si ricava che l'appalto non rientrerebbe in alcuna delle ipotesi derogatorie previste dal codice dei contratti (cfr. 17, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 50/2016), non riguardando né la produzione (o coproduzione) di programmi destinati alla trasmissione, né il c.d. "tempo di trasmissione.

2) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 71 e 97 d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere: sviamento; errore di fatto e travisamento dei presupposti; ingiustizia manifesta; palese illogicità e irragionevolezza; violazione artt. 3 e 97 Cost.-.

La RAI S.p.a. avrebbe previsto un assetto di gara operativo e remunerativo che impedirebbe ai concorrenti di calcolare la convenienza economica e/o, comunque, da imporre condizioni negoziali non convenienti.

In primo luogo, prendendo a riferimento il lotto 1, "a fronte dell'impegno richiesto h24 e 365 gg l'anno e di (almeno) 10 troupe che garantiscano 10 servizi di al giorno", l'importo stimato del lotto (pari ad Euro 1.800.000, per 12 mesi) sarebbe "solo eventuale" e, quindi, precluderebbe "di calcolare la stessa convenienza economica dell'offerta"; non vi sarebbe "la minima certezza in ordine al ricavo". In tal modo le ricorrenti non potrebbero calcolare la convenienza economica dell'offerta dal momento che, a fronte di costi fissi certi per le imprese che devono garantire la disponibilità degli operatori non vi sarebbe alcuna certezza in ordine al ricavo, siccome individuato soltanto nel suo importo massimo e legato al numero effettivo di servizi richiesti.

In secondo luogo, la stima del valore del lotto, a partire dai prezzi unitari fissati nel tariffario, sarebbe "insufficiente e inadeguato".

In terzo luogo muovendo dalla possibilità che l'importo stimato per ciascun lotto si esaurisca prima del decorso della durata della convenzione l'impresa sarebbe costretta a sopportare i costi dell'appalto, pur essendosi 'esaurito' il plafond del lotto;

3) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30, 71 e 97 d.lgs. n. 50/2016, anche in relazione alla disciplina di tutela dei lavoratori e dei ccnl di riferimento. Eccesso di potere: sviamento; errore di fatto e travisamento dei presupposti; contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza; violazione degli artt. 3, 36, 39 e 97 Cost.-.

La Rai avrebbe imposto condizioni di partecipazioni che costringerebbero a "presentare un'offerta sicuramente anomala" nonché "a violare la normativa in tema di tutela contrattuale dei lavoratori".

In quanto il Capitolato chiederebbe la disponibilità di personale h24 e 365 giorni l'anno e della contestuale richiesta del rispetto del trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi.

L'assetto operativo previsto e gli importi posti a base di gara (ovverosia i prezzi unitari indicati) individuati dalla RAI S.p.a. imporrebbero condizioni di lavoro contrarie ai principi di tutela del

lavoratore con riferimento all'orario, ai riposi giornalieri e alle ferie e inciderebbero sui diritti indisponibili dei lavoratori, derogando i riferimenti salariali dei CCNL e stabilendo di fatto un tetto massimo per i compensi del tutto incongruo;

4) violazione e/o falsa applicazione dei più generali principi in tema di concorrenza. Eccesso di potere: errore di fatto e travisamento presupposti; contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza; violazione artt. 3 e 97 Cost.-.

Il §7.2 del disciplinare che prevede il divieto di aggiudicazione multipla dei lotti nonché il conseguente obbligo di presentarsi nella medesima forma e con la medesima offerta tecnica in tutti i lotti in caso di partecipazione plurima sarebbe illogico e discriminatorio.

Esso impedirebbe o, comunque, renderebbe più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara, violando i principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica, tra cui quelli della concorrenza e della par condicio dei concorrenti.

La Rai si è costituita in giudizio con memorie in cui eccepisce la inammissibilità del ricorso e la sua infondatezza nel merito.

Con ordinanza cautelare n. 3108 del 23 maggio 2018 è stata respinta la domanda cautelare delle ricorrenti.

Il Consiglio di Stato, preso atto della complessità delle numerose questioni di fatto e di diritto legate all'oggetto del contendere, con ordinanza n. 3475/2018 del 27.7.2018 ha accolto l'appello cautelare avanzato dalle ricorrenti, rilevando l'opportunità di un più approfondito esame del merito della questione al fine di valutare soprattutto "se la procedura all'origine dei fatti di causa rientrasse fra le ipotesi di esclusione di cui all'articolo 17, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n. 50 del 2016".

All'udienza del 20 febbraio 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In via preliminare occorre osservare che nella pendenza del ricorso la RAI ha elaborato una prima graduatoria assegnando i 6 lotti messi a gara, dove risulta che alla ricorrente Obiettivo è stato assegnato il lotto 4 mentre la World Video production è stata esclusa, a seguito dell'assegnazione del Lotto 2, per una situazione sopravvenuta di irregolarità fiscale.

La stazione appaltante ha, altresì, individuato gli aggiudicatari dei 6 lotti come risulta dal verbale di cui all'allegato n. 2 (doc. 8) depositato dalla Rai il 30.1.2019.

La graduatoria della gara in questione, come si evince dalla memoria della Rai del 4.2.2019, risultava "ancora in via di formalizzazione", essendo "ancora in corso di ultimazione le verifiche sul possesso dei requisiti generali e speciali dichiarati dai concorrenti in questa Gara" atteso il limite alla stipula del contratto posto dal Consiglio di Stato.

Pertanto, all'esito della precedente udienza del 20.2.2019, con ordinanza collegiale n. 2514/2019 del 25.2.2019 è stato disposto che le istanti provvedessero ad instaurare il contraddittorio nei confronti degli altri soggetti individuati come aggiudicatari dei lotti messi a gara (individuati allo stato nella memoria in data 4.2.2019 della Rai).

Le ricorrenti hanno tempestivamente adempiuto al predetto incumbente con atto notificato in data 15.3.2019 e depositato in giudizio in data 19.3.2019.

Si sono, quindi, costituite in giudizio per resistere alla impugnativa anche le società Videoloop S.r.l., Snap S.r.l. e Video Mancio S.r.l. – Video Reporter S.r.l., le quali hanno riproposto nelle rispettive memorie le medesime eccezioni e argomentazioni difensive esposte dalla RAI S.p.a.-.

Abc Video Service S.r.l., D.R.M. – Dispositivi Riprese Mobili S.r.l., Emmepi Video S.r.l., Preset S.r.l., hanno depositato un atto di intervenute *ad adiuvandum* sostenendo le tesi delle ricorrenti.

All'udienza pubblica del 6 giugno 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. In primo luogo occorre disattendere l'eccezione di inammissibilità del ricorso sul presupposto che non esisterebbero secondo la RAI le condizioni necessarie per proporre una impugnazione di tipo collettivo.

Contrariamente a quanto eccepito, infatti, occorre evidenziare che la Obiettivo Immagine S.r.l. e la World Video Production S.r.l. presentano identiche posizioni sostanziali e processuali, in quanto entrambe le imprese operano nel settore delle riprese audiovisive e sono interessate a partecipare alla gara impugnata, hanno proposto la medesima richiesta e hanno impugnato gli stessi atti con i medesimi motivi.

Né è ravvisabile un conflitto di interesse tra le stesse, posto che entrambe agiscono per ottenere l'annullamento dell'intera procedura di gara al fine di poter partecipare ad una nuova procedura emendata dai vizi dedotti.

2. Non può essere condivisa nemmeno l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in quanto - come anticipato - le ricorrenti contestano le modalità di indizione della gara, che sarebbe avvenuta in violazione della norme di riferimento e, nella specie, senza applicare le regole del codice dei contratti pubblici, con tutti gli effetti conseguenti ben evidenziati nelle censure in ordine alla previsione di un assetto di gara antieconomico ed elusivo degli artt. 30, comma 3, e 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, che prevedono il rispetto da parte degli operatori economici degli obblighi in tema di lavoro e dei contratti collettivi.

Nel ricorso, infatti, le ricorrenti hanno manifestato la chiara intenzione di censurare ed ottenere l'annullamento del bando in quanto ostativo alla presentazione di un'offerta valida e conveniente i termini economici.

A fronte di tali deduzione è quindi evidente quale sia l'utilità che le istanti intendono conseguire e, pertanto, l'interesse alla coltivazione della impugnazione volta ad ottenere, in primo luogo, la riedizione della gara secondo le regole dettate dal codice degli appalti e, in secondo luogo, la previsione di clausole più chiare che consentano ai partecipanti di valutare la convenienza economica del servizio.

3. Sempre in via preliminare occorre soffermarsi sulla eccezione di inammissibilità della impugnazione secondo cui nel caso di specie non sussisterebbero i presupposti che legittimerebbero la impugnazione per l'esistenza di clausole immediatamente escludenti ovvero tali da precludere la possibilità di accesso alla gara, come sarebbe dimostrato dalla partecipazione di numerose imprese, tra cui le stesse ricorrenti. Tenuto conto anche della acquiescenza alle clausole di gara contestate, posti la World Video Production S.r.l. avrebbe presentato un'offerta senza formulare alcuna riserva.

La tesi delle resistenti non convince.

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa deve essere riconosciuto carattere escludente non solo alle clausole inerenti i requisiti di partecipazione in senso stretto, ma anche a quelle che impongono, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati, impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza

tecnico o economico, prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti ovvero contengono gravi carenze circa i dati essenziali per la formulazione dell'offerta.

Ciò premesso si è già osservato che con il ricorso le istanti censurano la disciplina di gara, in via principale, perché la stessa sarebbe stata bandita senza prevedere il rispetto della norme del codice degli appalti e, in via secondaria, (ma non meno rilevante) perché lo stesso bando prevede disposizioni incomprensibili e sproporzionate nonché condizioni negoziali eccessivamente onerose e non convenienti, per cui - ancora una volta - appare evidente, attuale e concreto l'interesse ad ottenere una decisione sulle puntuali questioni sollevate ai fini di una riedizione della procedura selettiva secondo regole certe e congrue (come peraltro analiticamente evidenziato nel secondo motivo che sarà esaminato nel prosieguo). Né si configura l'eccepita acquiescenza alla legge di gara.

4. A tal riguardo, come osservato dalle ricorrenti nelle proprie memorie, il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1643/2018 della RAI è del tutto inconferente, in quanto tale decisione si riferisce ad una diversa ipotesi in cui la ricorrente, che non aveva partecipato alla gara, ha impugnato il bando deducendo la genericità delle clausole di gara, che non le avrebbe consentito di presentare offerta.

Con tale decisione il Consiglio di Stato ha dichiarato l'inammissibilità della impugnazione perché l'impresa, non avendo presentato l'offerta ed essendo rimasta estranea alla gara, non avrebbe dimostrato l'esistenza di clausole escludenti (dimostrato anche dal fatto che altri operatori economici avevano presentato offerte) e, soprattutto, non avrebbe differenziato la propria posizione rispetto a quella degli altri operatori, sicché il suo interesse, invero, doveva *"essere qualificato quale interesse di mero fatto..."*.

Del resto, in presenza di clausole come quelle oggetto della impugnazione in esame, la presentazione dell'offerta e la successiva ammissione del concorrente alla gara non determinano affatto la (sopravvenuta) carenza di interesse all'impugnazione del bando cui esse ineriscono. E ciò deve ritenersi escluso anche nell'ipotesi in cui il bando, come nel caso in esame, imponendo (come si vedrà *funditus* nel prosieguo) condizioni eccessivamente onerose, che comunque non impediscono la presentazione di un'offerta, costringono i partecipanti a formularla in termini antieconomici, lasciando intatto l'interesse all'impugnazione immediata del bando (cfr. TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 12.2.2018, n. 404). Né la presentazione dell'offerta da parte delle ricorrenti può incidere negativamente sulla sussistenza dell'interesse ad impugnare il bando di gara, ma anzi ne conferma la permanenza.

5. Non senza considerare che il ricorso non contesta solo una serie di clausole, ma anche e principalmente la illegittimità della stessa indizione della gara avvenuta in violazione o elusione della disciplina sui contratti pubblici.

6. Non assume alcun rilievo, altresì, quando eccepito dalla controinteressata SNAP s.r.l., nella propria memoria di costituzione e dalla Rai nella memoria in data 4.2.2019, secondo cui con atto prot. n. A/APR/2019/0668/P/C del 30.1.2019, è stata comunicata al costituendo RTI facente capo alla ricorrente World Video Production s.r.l. l'esclusione dalla procedura di gara de qua *"per carenza del requisito generale di regolarità fiscale, intervenuta in corso di gara, in capo all'Impresa mandante Preset*

s.r.l.", e che tale provvedimento di esclusione non sarebbe stato ancora impugnato dalla ricorrente World Video Production s.r.l.-.

Come già osservato le ricorrenti agiscono per ottenere l'annullamento della intera procedura e la conseguente riedizione della stessa secondo le regole dettate dal codice dei contratti pubblici e regole più congrue, per tale motivo l'esclusione da ultimo disposta dalla RAI non può incidere in alcun modo sulla legittimazione e interesse della medesima World Video Production s.r.l. alla prosecuzione del giudizio una volta che lo stesso è stato correttamente incardinato innanzi a questo giudice.

Peraltro, come rilevato dalla stessa difesa delle ricorrenti nell'ultima memoria, tale esclusione oltre a non incidere sull'interesse al ricorso, al contrario rafforza l'interesse della medesima società "alla caducazione della intera gara, interesse che, come sopra spiegato, è esattamente lo stesso perseguito da Obiettivo Immagine".

Occorre, inoltre, considerare che, trattandosi di un ricorso collettivo, l'eventuale dichiarazione di improcedibilità nei confronti della World Video Production s.r.l. non impedirebbe la prosecuzione del giudizio nei confronti dell'altra impresa ricorrente Obiettivo Immagine S.r.l. pienamente legittimata ad ottenere una pronuncia nel merito.

7. Sempre in via preliminare infine occorre soffermarsi sulla eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* sollevata dalla RAI.

L'eccezione è fondata. Nel giudizio amministrativo, infatti, l'intervento da parte di un soggetto legittimato alla proposizione del ricorso autonomo (come le attuali intervenienti) è inammissibile poiché in contrasto con la regola secondo cui l'intervento *ad adiuvandum* ovvero *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale e non anche da un soggetto che sia portatore di un interesse che lo abiliti a proporre ricorso in via principale.

In base all'art. 28 comma 2, c.p.a., l'intervento volontario "a sostegno delle ragioni di una o di altra parte, consentito a condizione che il soggetto, se legittimato, non sia decaduto dal diritto di impugnare il provvedimento amministrativo. Sarebbe, infatti, inammissibile l'intervento ad opera del soggetto che sia comunque legittimato a proporre direttamente ricorso in via principale avverso il medesimo atto impugnato da terzi nel procedimento in cui ritiene di intervenire, eludendosi altrimenti il rispetto dei termini decadenziali individuati dalla legge" (cfr. *ex multis*, TAR Lazio, 2.12.2013, n. 10329).

Nel caso di specie, pertanto, le società Abc Video Service S.r.l., D.R.M. – Dispositivi Riprese Mobili S.r.l., Emmepi Video S.r.l., Preset S.r.l., essendo astrattamente legittimate all'impugnazione autonoma della procedura in esame non avrebbero potuto spiegare intervento nel ricorso proposto dalle istanti.

8. Venendo all'esame del merito deve essere condiviso il primo motivo con il quale si deduce che "il bando e la stessa delibera di indizione escludono e, di fatto, non prevedono l'applicazione della normativa in tema di contratti pubblici".

In proposito occorre osservare innanzitutto che costituisce dato oramai incontestato che la RAI è tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture, salve le relative specifiche deroghe ed eccezioni (cfr. Cass. civ., Sez. Un., ord. 22.12.2009, n. 27092; TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 24.12.2015, n. 14559; *idem*, 9.6.2004, n. 5460, Cons. Stato, Sez. VI, 18.4.2005, n. 1770).

In particolare, osserva il Collegio che la RAI - Radiotelevisione italiana s.p.a. è designata direttamente dalla legge (cfr. art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 177 del 31.7.2005 – “T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici”) quale concessionaria (fino al 6.5.2016) del “servizio pubblico generale radiotelevisivo”.

Il secondo comma del citato articolo 49 del T.U. stabilisce espressamente che *“per quanto non sia diversamente previsto dal presente testo unico la Rai Radiotelevisione s.p.a. è assoggettata alla disciplina generale delle società per azioni, anche per quanto concerne l’organizzazione e l’amministrazione”*.

In tale quadro, è stato precisato dalla Corte di Cassazione che *“poiché la RAI è un’impresa pubblica (sotto forma societaria, in cui lo Stato ha una partecipazione rilevante) operante nel settore dei “servizi” pubblici di telecomunicazioni radio e televisive in concessione, assoggettata, ai poteri di vigilanza e di nomina da parte dello Stato e costituita per soddisfare finalità di interesse generale, essa deve essere qualificata come “organismo di diritto pubblico” tenuto ad osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica, nonché le rispettive norme interne attuative, per la scelta dei propri contraenti in tutti gli appalti di valore eccedente le soglie indicate per i servizi di cui all’art. 7 del d.lgs. n. 158 del 1995 (ad eccezione delle sole procedure per l’aggiudicazione di appalti che siano relativi specificamente a servizi di radiodiffusione e televisione - settore “escluso” dalla Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992)”*, con le relative conseguenze in ordine alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 33, lett. d) del d.lgs. n. 80 del 1998 come sostituito dall’art. 7, comma 1, lett. a) della legge n. 205 del 2000 (cfr. Corte di Cass. S.U. 23.4.2008 n. 10443).

9. La gara in esame essa ha ad oggetto un “servizio di riprese elettroniche ENG per l’area metropolitana di Roma”, che non rientra in alcuna delle ipotesi derogatorie previste dalla 17, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 (analogamente a quanto previsto dall’art. 19, co. 1, lett. b), del previgente d.lgs. n. 163/2006) e dall’art. 49-ter del d.lgs. n. 177/2005, in quanto non riguarda la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione, né la fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici.

Ne consegue che la procedura di affidamento del servizio di riprese televisive indetta dalla RAI S.p.a. non rientra nel predetto ambito derogatorio. In senso contrario non valgono le eccezioni delle resistenti secondo cui l’esclusione dal Codice, in base al predetto art. 17 (così come, in passato l’art. 19 del D.lgs. 163/06) non comporta una esenzione dalle regole di evidenza pubblica, ma consente l’indizione di procedure più flessibili nel rispetto dei principi generali fissati dal Codice.

Il “servizio di riprese” in oggetto non è assimilabile alla “produzione” di un programma televisivo, né al concetto di “materiale associato” al programma; le riprese televisive costituiscono, piuttosto, una componente della produzione televisiva che attiene - ad esempio - alla realizzazione di un telegiornale o di un programma televisivo, per le quali è indubbio che la RAI avrebbe dovuto applicare il codice degli appalti alla stregua della natura giuridica di tale ente radiotelevisivo sopra richiamata.

10. Merita di essere condiviso anche il secondo motivo.

Deve convenirsi con quanto dedotto dalle ricorrenti che la RAI S.p.a. ha previsto una disciplina di che rende assai difficile per i partecipanti calcolare la convenienza economica della procedura, imponendo condizioni negoziali non convenienti.

Premesso che la stazione appaltante ha suddiviso la gara in 6 lotti, differenziati tra loro per il valore massimo di ciascuno e per il numero di servizi giornalieri e di *troupe* da garantire; la RAI ha

preteso che i servizi dovessero essere garantiti tutti i giorni dell'anno, feriali e festivi compresi, per l'intera giornata (senza prevedere maggiorazioni per i turni espletati in orario notturno o in giornate festive) e che le imprese dovessero assicurare la disponibilità quotidiana di un numero di *troupe* pari ai servizi giornalieri garantiti.

A fronte di tale organizzazione del servizio, la stessa RAI ha previsto una serie di prezzi unitari, non soggetti a ribasso, riferiti espressamente ai "servizi base", alle "dotazioni extra", ai "servizi extra" e alle "altre voci" (tra cui trasferte, rimborsi chilometrici al di fuori del G.R.A., pasti per la troupe, rimborso spese accessorie e canone mensile del servizio di "gestione emergenze" riferito al solo Lotto n. 1) concludendo che il corrispettivo di ciascuna convenzione attivata con le imprese vincitrici "sarà determinato applicando i suddetti prezzi unitari, determinati dalla Stazione Appaltante, alle quantità richieste da Rai..." (cfr. pag. 7 del disciplinare).

11. In definitiva a fronte dell'impegno richiesto alle imprese partecipanti di garantire la disponibilità giornaliera h24 per 365 giorni all'anno di un certo numero di *troupe* che dovevano garantire un certo numero di riprese al giorno, la Rai ha previsto solo l'erogazione di un importo massimo, il quale tuttavia è legato al numero - del tutto eventuale - di servizi richiesti e svolti dall'impresa.

Tale impostazione di gara, invero, rende assai difficoltoso - se non impossibile - alle ricorrenti verificare la convenienza economica dell'offerta in quanto, come efficacemente rilevato dalle istanti, le imprese partecipanti sono comunque tenute a sostenere costi fissi e certi al fine di garantire la disponibilità degli operatori (assunti, peraltro, con contratto a tempo determinato o indeterminato nella misura superiore al 70% per almeno 12/24 mesi di durata dell'appalto), senza avere alcuna certezza in ordine alla quantità dei ricavi (individuati solo nel loro importo massimo, cfr. pag. 6 del disciplinare di gara) che la RAI può (ma senza alcun obbligo) chiedere e che, quindi, rimangono ricavi del tutto eventuali e ipotetici.

L'attuale legge di gara impone, quindi, alle imprese partecipanti una serie di costi fissi (personale, macchinari, etc.) senza offrire alcuna certezza in ordine ai ricavi, che dipendono dal numero dei servizi richiesti.

12. L'illogicità della previsione emerge in modo evidente ed è, pertanto, sindacabile anche da questo giudice, contrariamente a quanto eccepito dall'ente radiotelevisivo.

In senso contrario non vale nemmeno quanto osservato dalla stazione appaltante, secondo cui la legge di gara sarebbe stata individuata sulla base dei volumi storici che sarebbero stati presi a riferimento nel corso della sua istruttoria (pag. 18 della memoria RAI in data 9.4.2018), trattandosi di dati presuntivi che non aggiungono alcuna certezza nella formulazione delle offerte.

Non senza considerare che i volumi storici, ricavati dalle convenzioni del 2016 presentano una disciplina diversa o comunque non del tutto assimilabile a quella in esame, come posto in evidenza dalle ricorrenti nella memoria in data 21 maggio 2018 alla quale si rinvia (cfr. pagg. 9 e 10 in particolare).

13. La fondatezza del secondo mezzo comporta la inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse del terzo motivo.

Infatti la rilevata necessità di procedere ad una nuova procedura di gara con l'osservanza delle regole dettate dal d.lgs. n. 50/2016 e l'incongruità della formulazione delle regole per

l'aggiudicazione dei lotti di cui al secondo motivo, comporta di per sé l'obbligo per la stazione appaltante di indire una nuova procedura conforme al codice dei contratti pubblici e, quindi, una disciplina di gara che comporti il rispetto delle condizioni previste dal CCNL di categoria, anche ai sensi degli artt. 30, comma 3, e 97, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, ed esponga oltretutto

14. Deve invece essere disatteso il quarto motivo, posti che l'art. 51 del Codice dei contratti incentiva il frazionamento degli appalti in lotti "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese", rendendo l'appalto unitario una mera eccezione a tale regola generale.

Per tale ragione la contestata clausola del disciplinare (art. 7.2.) appare conforme a tale principio generale che consente alle stazioni appaltanti di articolare la gara in lotti e regolare nel modo che ritiene più opportuno le modalità di partecipazione.

Inoltre la previsione del disciplinare non può essere considerata "sproporzionata" rispetto al tipo di servizio che la RAI intende affidare, anche per quanto concerne l'obbligo di partecipazione ai vari lotti sempre nella medesima forma o composizione.

15. In conclusione il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti in epigrafe.

Quanto alle spese di giudizio le stesse seguono la regola della soccombenza nella misura indicata nel dispositivo con parziale compensazione, attesa la peculiarità della vicenda in esame.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

- estromette dal giudizio le intervenienti Abc Video Service S.r.l., D.R.M. – Dispositivi Riprese Mobili S.r.l., Emmepi Video S.r.l., Preset S.r.l.-;
- accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti della Rai S.p.a.-;
- condanna la Rai S.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore delle ricorrenti, che liquida nella misura complessiva di € 3.000,00 (tremila/00) oltre IVA, CPA e oneri dovuti per legge, le compensa nei confronti delle controinteressate costituite in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Achille Sinatra, Consigliere

