

Il Tar Lombardia sulle procedure negoziate senza pubblicazione del bando.

di Daniele Lutrino

Data di pubblicazione: 13-12-2012

Tar Lombardia Milano, sezione I, sentenza 6 dicembre 2012, n. 2952
Presidente Mariuzzo; Estensore Fanizza

Nel caso in cui siano stati invitati ben quindici operatori per l'affidamento di tipo negoziata senza pubblicazione del bando, la mancanza di trasparenza nell'esplicitazione delle modalità di individuazione degli operatori di settore non determina l'illegittimità della procedura.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA
ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2520 del 2012, proposto da:
Traversa Calcestruzzi e Strade s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella, Elena Tanzarella e Massimiliano Napoli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Piazza Velasca, 5

contro

Provincia di Pavia, in persona del Presidente della Giunta provinciale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Adavastro, Paolo Re e Serena Filippi Filippi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Cerva, 20

nei confronti di

I.C.E.S. Impresa Costruzioni Edili s.r.l., Maretti Strade s.r.l., non costituite in giudizio

per l'annullamento

della determinazione n. 1440 del 26.9.2012 del dirigente del settore lavori pubblici della Provincia di Pavia con cui si è disposta l'aggiudicazione dell'appalto di manutenzione straordinaria della rete stradale provinciale – zona "Oltrepò 1"; della determinazione dirigenziale n. 193 del 2.8.2012, relativa all'approvazione della lettera di invito; del provvedimento, di estremi non conosciuti, di approvazione dell'elenco delle imprese da invitare; del verbale delle operazioni di gara del 5.9.2012; di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Pavia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto la società Traversa Calcestruzzi e Strade s.r.l. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la determinazione n. 1440 del 26.9.2012 del dirigente del settore lavori pubblici della Provincia di Pavia, con cui si è disposta l'aggiudicazione dell'appalto di manutenzione straordinaria della rete stradale provinciale – zona "Oltrepò 1"; la determinazione dirigenziale n. 193 del 2.8.2012, relativa all'approvazione della lettera di invito; il provvedimento, di estremi non conosciuti, di approvazione dell'elenco delle imprese da invitare; il verbale delle operazioni di gara del 5.9.2012; ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Si trattava, nella specie, di un affidamento con procedura negoziata senza pubblicazione del bando, regolata dal criterio del massimo ribasso, con importo a base d'asta di €. 388.500,00 e con termine di esecuzione dei lavori "di sessanta giorni naturali e consecutivi decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori": procedura aggiudicata all'ATI composta dall'impresa I.C.E.S. Impresa costruzioni edilizi stradali s.r.l. (capogruppo) e dall'impresa Maretti Strade s.r.l., alla quale, però, la società ricorrente non risulta essere stata invitata.

A fondamento dell'impugnazione ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 122, comma 7 del D.lgs. 163/2006, in relazione all'art. 122, comma 1, all'art. 57, comma 6 ed all'art. 2 del medesimo codice, nonché in relazione all'art. 97 della Costituzione; violazione dell'art. 2, comma 3 del D.lgs. 163/2006 e dell'art. 3 della legge n. 241/90; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà; difetto assoluto dei presupposti e della motivazione.

La domanda cautelare, proposta con richiesta di adozione di provvedimento monocratico, è stata radicata, oltre che sulla fondatezza in diritto del ricorso, sul pregiudizio connesso all'"interdetta possibilità di prendere parte alle gare", che "diverrebbe irreparabile ove nel frattempo i lavori fossero integralmente compiuti" (cfr. pag. 8).

È stata, inoltre, proposta, "per l'ipotesi di consumazione parziale o totale dell'oggetto di

gara”, una domanda di risarcimento con rinvio, per la sua quantificazione, al prudente apprezzamento del tribunale.

In data 30.10.2012 si è costituita in giudizio la Provincia di Pavia, successivamente opponendo, nella memoria depositata il 19.11.2012, che “la consistenza della rete viaria dell’ente, di oltre 2.000 km., ha imposto la ripartizione degli interventi in lotti funzionali”, e che, “per ragioni di rapidità ed efficienza nella loro esecuzione”, si sarebbe reso necessario “che le imprese incaricate dispongano di impianti posti a distanze dai luoghi di esecuzione compatibili con le condizioni di posa in opera” del conglomerato bituminoso (cfr. pag. 3).

Ha, inoltre, eccepito che “la stazione appaltante ha chiamato alla consultazione ben 15 operatori economici – anziché soltanto 5 come consentito dall’ordinamento – individuati, non disponendo la stazione appaltante di elenchi aperti interni di operatori economici – mediante accesso all’elenco telematico delle imprese qualificate disponibile presso il portale dell’AVCP, all’uopo interrogato per ottenere la lista degli operatori in possesso dell’attestazione SOA” (cfr. pagg. 3 – 4).

Ha, quindi, concluso che “i lavori, con verbale dell’1.10.2012, sono stati quindi consegnati in via d’urgenza” e che gli stessi, “eseguiti alla data di instaurazione del contenzioso in ragione del 76%, risultano ormai ultimati” (cfr. pag. 4), contestando, infine, l’asserita disparità di trattamento in quanto, nell’ultimo biennio, “la ricorrente è stata invitata dalla stessa stazione appaltante a procedure negoziate per l’affidamento di lavori analoghi in ben due occasioni” (cfr. pag. 6).

In sede monocratica sono stati sentiti i difensori delle parti, che hanno illustrato le rispettive posizioni difensive; successivamente a tale audizione il difensore della ricorrente ha ritirato la domanda di provvedimento urgente, rimettendosi alla Sezione per la definizione della prodotta domanda cautelare.

All’udienza del 21 novembre 2012, fissata per la trattazione della suddetta domanda, le parti sono state avvisate della possibilità di definire la controversia con sentenza in forma semplificata, e, acquisito il relativo assenso, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e in parte infondato, per le ragioni che seguono.

È noto l’orientamento della giurisprudenza secondo cui l’interesse ad agire debba essere presente sia al momento della proposizione del ricorso, sia al momento della sua decisione (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 25 settembre 1995 n. 1340; Id., sez. V, 27 maggio 1993, n. 636; Id., sez. V, 4 aprile 1991 n. 405).

Ciò premesso, l’Amministrazione resistente ha precisato che i lavori in questione, dopo essere stati aggiudicati, sono stati consegnati in via d’urgenza “con verbale dell’1.10.2012”. A partire da tale data è, quindi, iniziato a decorrere il termine per l’esecuzione, fissato, nella lettera di invito, in “sessanta giorni naturali e consecutivi decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori”, con conseguente scadenza, per l’ultimazione delle opere, al 30.11.2012.

Pertanto, il ricorso, depositato in data 26.10.2012, è da ritenersi sorretto dall’interesse ad agire della società deducente al momento della proposizione, ma non altrettanto può dirsi in

relazione al momento della decisione, avendo la Provincia di Pavia opposto che i lavori, “eseguiti alla data di instaurazione del contenzioso in ragione del 76%, risultano ormai ultimati” (cfr. pag. 4).

Ritiene, tuttavia, il Collegio di esaminare il motivo di impugnazione “alla luce del giudizio di assoluto disvalore manifestato dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza” (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 aprile 2012, n. 4), valorizzando, cioè, l’interesse della società ricorrente quale operatore economico “di settore”, avendo questa contestato il mancato invito alla procedura negoziata come riflesso della censurata legittimità del disposto affidamento in assenza di una gara bandita ai sensi dell’art. 55 del D.lgs. 163/2006.

Al riguardo, rileva il Collegio che:

1) occorre considerare che l’affidamento controverso è derivato dal frazionamento – in quattro lotti funzionali, definiti su base territoriale – della programmazione triennale di lavori 2012 – 2014.

Va, pertanto, richiamata la disciplina di cui alla direttiva 2004/18, nella quale si dispone che “quando un’opera prevista o un progetto di acquisto di servizi può dar luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti. Quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui all’articolo 7, la presente direttiva si applica all’aggiudicazione di ciascun lotto. Le amministrazioni aggiudicatrici possono tuttavia derogare a tale applicazione per i lotti il cui valore stimato al netto dell’IVA sia inferiore a 80 000 EUR per i servizi o a 1 milione EUR per i lavori, purché il valore cumulato di tali lotti non superi il 20 % del valore complessivo di tutti i lotti” (art. 9, n. 5, lett. a);

2) nel caso di specie risulta incontestato, ai sensi dell’art. 64, comma 4 del codice del processo amministrativo, che l’importo dei lavori riguardanti l’affidamento in questione fosse inferiore alla soglia comunitaria, ed il Collegio può inoltre valutare provata l’insussistenza di elementi tali da far ritenere superato tale limite anche nell’ipotesi di cumulo dei lavori di manutenzione di tutte le cc.dd. “ex strade statali” (Lomellina, Pavese, Oltrepò 1 ed Oltrepò 2), oggetto di separate procedure;

3) in generale, la procedura di affidamento di cui all’art. 122, comma 7 del D.lgs. 163/2006, anche in esito ai recenti interventi di riforma, costituisce una delle possibili opzioni per le stazioni appaltanti, essendo diretta a garantire la semplificazione ed efficienza dell’azione amministrativa in stretta osservanza dei principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e rotazione degli operatori;

4) tale ultimo principio si sostanzia nell’obbligo della stazione appaltante, delineato dall’art. 57, comma 6 del D.lgs. 163/2006, di selezionare gli operatori da invitare mediante specifiche indagini di mercato; di disporre un continuo aggiornamento degli elenchi dei soggetti da invitare alle procedure di affidamento, e, non ultimo, di garantire un costante rinnovamento degli operatori selezionati, diversamente prospettandosi il consolidamento di situazioni di ingiusto privilegio incompatibili con la tutela della concorrenza;

5) nel caso di specie, l’argomento difensivo della Provincia di Pavia, secondo cui si sarebbe reso necessario “che le imprese incaricate dispongano di impianti posti a distanze dai luoghi di esecuzione compatibili con le condizioni di posa in opera” del conglomerato bituminoso (cfr. pag. 3 della memoria del 19.10.2012) è smentito dal fatto che alla procedura oggetto di impugnazione è stata, tra le altre, invitata (poi aggiudicandosi l’appalto in ATI con l’impresa I.C.E.S. s.r.l.) l’impresa Maretti Strade s.r.l. con sede a Voghera come la società ricorrente;

6) risponde al vero che “la stazione appaltante ha chiamato alla consultazione ben 15 operatori economici – anziché soltanto 5 come consentito dall’ordinamento” ma, al contrario, è da ritenere infondato l’assunto secondo cui tali operatori sarebbero stati “individuati, non disponendo la stazione appaltante di elenchi aperti interni di operatori economici, mediante accesso all’elenco telematico delle imprese qualificate disponibile presso il portale dell’AVCP, all’uopo interrogato per ottenere la lista degli operatori in possesso dell’attestazione SOA” (cfr. pagg. 3 – 4).

Infatti, esaminando l’elenco in questione, si evince che solo alcuni degli operatori effettivamente invitati vi sono annoverati (Cerutti Costruzioni s.r.l.; Impresa Brogioli s.r.l.; Impresa costruzioni ing. Sacchi Antonio e C. s.r.l.; Moretti Fratelli di Moretti Diego & C. s.n.c.; Verneti Giancarlo), mentre gli altri – tra i quali le società, costituite in associazione temporanea di impresa, risultate aggiudicatarie – non vi figurano.

Nel visto elenco è, invece, compresa la società ricorrente, che però non è stata invitata;

7) di conseguenza, il Collegio è dell’avviso che sarebbe occorso motivare, da parte della stazione appaltante, non già le ragioni a fondamento dell’adozione della procedura negoziata senza bando, la cui urgenza risulta congruamente fondata sulla “necessità di risolvere una condizione di criticità che, se trascurata, può determinare l’aggravamento del danno alla struttura e condizioni di pericolosità per l’utenza” (cfr. determinazione dirigenziale n. 1440/12), quanto, piuttosto, i criteri di selezione dei concorrenti da invitare ad una procedura sottratta all’obbligo di pubblicità, e ciò soprattutto tenendo conto che la Provincia di Pavia ha ammesso di non disporre “di elenchi aperti interni di operatori economici” (cfr. relazione del dirigente n. 71485 del 19.11.2012).

Sul punto, osserva il Collegio che il vizio riscontrato nell’operato della stazione appaltante non sia qualificabile come “grave violazione” ai sensi dell’art. 121, comma 1 del codice del processo amministrativo, dal momento che l’esperimento della procedura negoziata senza bando non è avvenuto “fuori dai casi consentiti”, né, tantomeno, sono emersi profili di illegittimità nel corso delle operazioni di gara.

Tuttavia, va censurata la mancanza di trasparenza nell’esplicitazione delle modalità di individuazione degli operatori di settore, suscettibile di tradursi, nei fatti, in una limitazione del principio di massima partecipazione, sebbene temperata, nel caso di specie, dalla circostanza che alla procedura siano stati comunque invitati ben quindici operatori.

Può quindi concludersi che la condotta tenuta dalla stazione appaltante possa valutarsi improntata a buona fede, ma solo limitatamente alla specifica vicenda, e che, di conseguenza, non possa né disporsi l’annullamento della disposta aggiudicazione né possa trovare accoglimento, per difetto di illiceità della condotta, la proposta domanda risarcitoria.

Resta fermo, però, che la reiterazione di condotte procedimentali connotate dall’assenza di congrue modalità di selezione degli operatori sarebbe in contrasto con l’innovativo principio espresso all’art. 2, comma 1 bis del D.lgs. 163/2006, in cui si prevede che “i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese”.

In conclusione, il ricorso è in parte improcedibile, in parte infondato.

La novità delle questioni oggetto del giudizio giustifica l’integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il Tar Milano si è occupato di verificare la legittimità di una procedura di affidamento di tipo negoziata senza bando laddove alla scarsa trasparenza nella selezione delle imprese va aggiunta la circostanza dell'avvenuto invito di ben quindici concorrenti.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La sezione meneghina del Tar Lombardia ha risolto una curiosa questione inerente l'affidamento di lavori previo esperimento di procedura negoziata senza bando.

La ricorrente lamenta di non essere stata invitata alla selezione nonché la scarsa trasparenza dei criteri per gli inviti a cui la stazione appaltante ha fatto riferimento.

In effetti i Giudici hanno rilevato:

- la correttezza della motivazione richiesta dalla legge, con riferimento alle ragioni di scelta della procedura ristretta;
- che l'Ente aggiudicatore non disponeva di elenchi aperti interni di operatori economici;
- lo stesso Ente ha dichiarato di aver attinto i nominativi dall'elenco telematico delle imprese qualificate disponibile presso il portale dell'AVCP, all'uopo interrogato per ottenere la lista degli operatori in possesso dell'attestazione SOA;
- non tutte le imprese in effetti invitate erano indicate in detto elenco, fra cui proprio il soggetto

aggiudicatario;

- la ricorrente non invitata figurava in detto elenco;
- alla gara sono state invitate ben 15 imprese.

Sulla scorta di tutti gli elementi di fatti caratterizzanti la fattispecie, il Collegio ha ritenuto comunque corretto l'operato della stazione appaltante: difatti, il vizio riscontrato non è qualificabile come "*grave violazione*" ai sensi dell'art. 121, comma 1 del codice del processo amministrativo, dal momento che l'esperimento della procedura negoziata senza bando non è avvenuto "*fuori dai casi consentiti*", né, tantomeno, sono emersi profili di illegittimità nel corso delle operazioni di gara.

Ad ogni modo, è stata censurata la mancanza di trasparenza nell'esplicitazione delle modalità di individuazione degli operatori di settore, suscettibile di tradursi, nei fatti, in una limitazione del principio di massima partecipazione, sebbene temperata dalla circostanza che alla procedura siano stati comunque invitati ben quindici operatori. Pertanto, in mancanza di illiceità della condotta, non si è dato luogo ad ipotesi risarcitorie pure richieste.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La fattispecie in esame oggetto di decisione riporta elementi di singolarità in quanto sussiste, allo stesso tempo, la correttezza formale della procedura richiesta dalla legge ed una certa confusione nelle operazioni di scelta degli operatori.

A parere di chi scrive, la circostanza che ha portato il Tar a ritenere legittimo l'operato dell'Amministrazione coincide col fatto che la stazione appaltante ha deciso di invitare un numero di imprese superiore a tre volte il minimo stabilito.

Difatti la limitazione al principio di partecipazione è insito nella stessa procedura di affidamento, per cui è inevitabile che un numero consistente di imprese ne possa restare fuori: allo stesso modo, il rilevante numero di imprese invitate ha bilanciato la scarsa trasparenza del procedimento finalizzato alla scelta dei concorrenti, cosicché il Collegio ha potuto far leva sul dato formale dell'art. 57 del Codice e sul fatto che l'esperimento della procedura è comunque avvenuto nel quadro dei "casi consentiti".

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

I. Franco, in *Codice dei contratti pubblici – II ed.*, F. Caringella – M. Protto (a cura di), Dike 2012.