

Publicato il 04/09/2018

N. 09145/2018 REG.PROV.COLL.

N. 05057/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5057 del 2018, proposto da Ge.P.I.R. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Calabrò e Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno e Ufficio Territoriale del Governo Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio eletto ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della determina a contrarre;

- dell'avviso esplorativo volto all'individuazione di operatori economici da invitare alla procedura negoziata ex art. 63, comma 2, lett. c) D.lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali adibiti ad uffici degli organismi della Polizia di Stato della Provincia di Roma – periodo presunto 1 maggio/31 dicembre 2018 – Codice CPV: 90910000-9;

- del verbale relativo alla seduta di sorteggio che dovrebbe essersi tenuta il 5 aprile 2018, non cognito nel suo intrinseco contenuto;

- della lettera d'invito non conosciuta nei suoi intrinseci contenuti;

- di tutti gli eventuali verbali di gara, non cogniti;

- dell'aggiudicazione eventualmente disposta, non cognita;

nonché di ogni altro atto annesso, connesso, presupposto e consequenziale, ancorché non conosciuto,

e

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a. in pendenza di gravame;

e

per l'accertamento e la condanna dell'ente resistente, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente comprensivo del danno emergente, del lucro cessante e della perdita di chance.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno e di Ufficio Territoriale del Governo Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2018 la dott.ssa Francesca Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 23 aprile 2018 e depositato il successivo 26 aprile, la società ricorrente ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l'annullamento della determina a contrarre, dell'avviso esplorativo, e di tutti gli altri atti come in epigrafe indicati, relativi alla procedura negoziata ex art. 63, comma 2, lett. c), d. lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali adibiti ad uffici degli organismi della Polizia di Stato della Provincia di Roma – periodo presunto 1 maggio/31 dicembre 2018 – Codice CPV: 90910000-9; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a. in pendenza di gravame e per l'accertamento e la condanna dell'Ente resistente, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente comprensivo del danno emergente, del lucro cessante e della perdita di *chance*.

2. La gravata procedura di gara trae origine dall'annullamento, in via giurisdizionale, di una precedente procedura aperta.

Più in particolare, in data 7 novembre 2015, la Prefettura di Roma pubblicava sulla GUCE un bando di gara, mediante procedura aperta, per l'affidamento del servizio di pulizia dei immobili in uso agli organismi della Polizia di Stato ubicati nella Provincia di Roma, per il periodo 2016/2018.

Nelle more della definizione della predetta procedura di gara il Ministero dell'Interno, al fine di assicurare la continuità del servizio, autorizzava una proroga tecnica con la ditta già esecutrice del medesimo servizio.

In esito alla suddetta procedura di gara, risultava aggiudicataria la Società Miorelli S.p.A.

A seguito di ricorso presentato dalla Società Punto Service, collocata al 2° posto nella graduatoria di gara, questa Sezione, con sentenza n. 12873/2016, passata in giudicato, annullava l'aggiudicazione nei confronti della società Miorelli S.p.A.

La Prefettura, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, interpellava progressivamente i soggetti collocati utilmente in graduatoria, fino alla quinta posizione, ma senza esito positivo a causa di esclusioni per anomalia e per rinuncia da parte di due operatori.

Resosi necessario avviare una nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio di cui trattasi e non risultando attivate convenzioni CONSIP per il servizi di pulizia ed igiene ambientale, con note n. 0003661 del 28/02/2018 e n. 0004265 del 12/03/2018, il Ministero dell'Interno autorizzava la Prefettura ad indire una nuova procedura di gara attraverso il Sistema Dinamico di Acquisizione della CONSIP per l'affidamento del servizio fino al 31.12.2020.

3. La Prefettura ha ravvisato, tuttavia, la necessità di indire *medio tempore*, con urgenza, una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016, rivolta a 5 operatori economici per l'affidamento del servizio in questione, per la durata di 6 mesi, in considerazione del fatto che la gara sul Sistema Dinamico di Acquisizione richiederà presumibilmente non meno di 6 mesi per l'espletamento delle varie fasi procedurali e per la necessità di effettuare una ricognizione dei dati relativi alle superfici oggetto del servizio.

È stato così pubblicato sul sito internet della Prefettura, in data 16 marzo 2018, la determina a contrarre con cui è stata indetta la procedura negoziata di cui in causa e l'avviso esplorativo finalizzato ad acquisire manifestazioni di interesse allo scopo di selezionare fornitori in possesso dei requisiti generali di partecipazione e di idonee capacità di natura tecnica ed economica, tali da garantire la corretta esecuzione dei servizi da affidare.

4. Avverso gli atti con cui è stata indetta la procedura *de qua*, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di diritto:

I. Violazione degli artt. 2, 30 e 63, comma 2, lett. c) del d. lgs. 50/2016. Violazione dei principi dell'evidenza pubblica, dei principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza. Violazione di legge per difetto dei presupposti legali. Eccesso di potere per manifesta ingiustizia e disparità di trattamento. Violazione degli art. 24 e 97 cost.

II. Violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990, violazione dell'allegato XIV D , parte I, d.lgs. 50/2016. Violazione allegato V alla direttiva europea 2014/24/UE. Difetto di motivazione dell'avviso. Violazione dell'art. 97, cost.

III. Violazione dei principi di massima partecipazione e di concorrenza. Violazione dell'art. 83, comma 5 e dell'art. 30, comma 2, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere travisamento ed erronea valutazione dei fatti, contraddittorietà e ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 97 cost.

3. La resistente amministrazione si è costituita in giudizio eccependo la tardività del ricorso e la carenza di interesse ad agire della ricorrente società non avendo la stessa presentato istanza di partecipazione alla procedura negoziata di cui in causa. Ha, quindi, contestato nel merito la fondatezza del gravame.

4. All'esito camera consiglio del 22 maggio 2018 è stata accolta, con ordinanza n. 3042/2018, non appellata, la domanda cautelare proposta.

5. Alla pubblica udienza del 19 giugno 2018 la causa è passata, infine, in decisione.

DIRITTO

1. Con riguardo alle eccezioni in rito, sollevate dalla resistente amministrazione, non resta a questo collegio che ribadire quanto già affermato in sede cautelare.

1.1. Secondo la difesa erariale, il ricorso sarebbe tardivo perché notificato in data 23 aprile 2018, dunque, oltre il termine decadenziale dimidiato, rispetto alla data di pubblicazione dell'avviso esplorativo sul sito internet della Prefettura, avvenuta in data 16 marzo 2018.

L'eccezione è priva di pregio.

L'art. 120, comma 2, c.p.a. statuisce, infatti, che *“Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto”*.

La norma, applicabile al caso di specie in cui è mancata la pubblicità del bando, ha recepito la direttiva comunitaria (art. 2 sexies, direttiva 89/665/CEE e art. 2 sexies, direttiva 92/13/CEE) che ha individuato, anche in caso di omessa pubblicità del bando, termini certi d'impugnazione prevedendo, da un lato, un termine che decorre dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione, dall'altro, un termine ultimo, di chiusura, decorrente dalla stipulazione del contratto.

Pertanto, in applicazione della norma suddetta, essendo stato pubblicato un mero avviso esplorativo, e non ancora alcun avviso di aggiudicazione, la proposizione del ricorso deve ritenersi in termini.

1.2. E' stata, altresì, eccepita la carenza di interesse ad agire in capo alla ricorrente società in quanto la stessa non ha presentato istanza di partecipazione alla procedura *de qua*.

Anche tale eccezione è destituita di fondamento.

Secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, alla luce di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, come ribadito, da ultimo, dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, per cui chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione venga nuovamente bandita.

A tale regola generale può tuttavia derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando: si contesti in radice l'indizione della gara; si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti (così, Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2016, n. 5113).

Con specifico riguardo alle procedure negoziate senza pubblicazione del bando alle quali non si è stati invitati è stato, più in particolare, affermato che per essere legittimati ad impugnare i relativi atti, è sufficiente allegare la propria condizione di società operante nel settore oggetto della procedura, senza che sia al contrario necessario dimostrare altresì di possedere tutti i requisiti occorrenti per essere invitati alla gara e risultarne aggiudicatari all'esito (ex multis, Cons. St., IV, 5 aprile 2006, n. 1789; Cons. St., Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4).

In tal caso, infatti, l'impresa *“è titolare di un interesse qualificato e tutelato a contestare la scelta di una pubblica amministrazione di procedere all'affidamento di un appalto di lavori, servizi o forniture mediante procedura negoziata, giacché può essere azionato in sede giurisdizionale l'interesse strumentale a che l'amministrazione, in seguito all'accoglimento del gravame ed in ossequio alle previsioni normative interne e comunitarie, indica una procedura ad evidenza pubblica aperta o ristretta, alla quale il ricorrente sia ammesso a partecipare, in condizioni di parità con gli altri operatori economici; ovvero anche a che alla procedura negoziata, come pure si pretende nel caso di specie, l'impresa stessa sia almeno invitata”* (Cons. St., III, 10 gennaio 2013, n. 99).

La società ricorrente, in quanto soggetto imprenditoriale operante nel settore economico oggetto della presente procedura ed avente interesse all'indizione di una procedura pubblica di gara, in luogo di quella negoziata, deve dunque considerarsi soggetto titolare della relativa *legittimatio ad causam*.

2. Ciò posto con riguardo alle questioni pregiudiziali, nel merito, il ricorso è fondato.

2.1. Con i primi due motivi di ricorso la ricorrente contesta il legittimo ricorso, da parte della resistente amministrazione alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando, in mancanza dei presupposti di legge e di un'adeguata motivazione della scelta così operata.

La procedura *de qua* ha ad oggetto, come già esposto, l'affidamento del servizio di pulizia dei locali adibiti ad uffici degli organismi della Polizia di Stato della Provincia di Roma, per la durata di 6 mesi (dal 1° maggio 2018 al 31 ottobre 2018), con un importo a base di gara pari ad € 872.335,40, oltre oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

La gara, secondo le regole ordinarie, avrebbe dunque richiesto la procedura di gara aperta, trattandosi di appalto di servizi sopra soglia comunitaria.

L'amministrazione, tuttavia, ha ritenuto di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando attraverso la pubblicazione dell'avviso esplorativo, ivi impugnato, e dando conto nella determina a contrarre, parimenti impugnata, delle seguenti motivazioni:

- la precedente procedura di gara si è conclusa con l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del concorrente primo classificato (con sentenza Tar Lazio, I ter 30 dicembre 2016, n. 12873, passata in giudicato) e con la ravvisata impossibilità di scorrere la graduatoria;
- conseguentemente il Ministero dell'Interno, in data 28 febbraio 2018 e 12 marzo 2018, ha autorizzato la Prefettura ad indire una nuova procedura di gara attraverso il Sistema Dinamico di Acquisizione della Consip;
- essendo necessari almeno 6 mesi per l'espletamento dalla procedura, al fine di evitare ulteriori proroghe rispetto quelle già disposte, si è ravvisata la necessità di indire con urgenza la procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c, d. lgs. n. 50/2016.

Ebbene, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata *"c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati"*, con l'ulteriore precisazione che *"le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici."*

Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenta, quindi, un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva (in tal senso, Cons. St., V, 3 febbraio 2016, n. 413).

In base al c. 2, lett. c), della sopra citata previsione normativa, l'affidamento diretto è, quindi, consentito nella misura strettamente necessaria, ricorrendo i seguenti presupposti di stretta interpretazione:

- ragioni di estrema urgenza tali da non essere compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara;
- determinate da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice;

- circostanze invocate a giustificazione che *“non devono esser in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”*.

Presupposti che non appaiono in alcun modo ricorrere nel caso di specie.

L'annullamento della precedente procedura di gara, risale, infatti, al 31 dicembre 2016. Non possono ravvisarsi, nella specie le ragioni di estrema urgenza richiamate dall'art. 63, comma 2, lett. c, avendo l'amministrazione lasciato decorrere più di un anno dal disposto annullamento giurisdizionale, per la successiva programmazione della nuova procedura di gara (le autorizzazioni del Ministero dell'Interno sono, infatti, come già esposto, dei primi mesi del 2018).

Ove l'amministrazione si fosse attivata per tempo, dunque, avrebbe avuto il tempo necessario per svolgere un'ordinaria procedura aperta, come imposto dal valore, sopra soglia comunitaria, dell'appalto in questione, senza alcuna necessità di derogare, al di fuori delle eccezionali ipotesi di legge, ai generali principi di pubblicità e massima concorrenzialità.

D'altra parte, la giurisprudenza ha avuto già modo di chiarire, con particolare riferimento ai requisiti dell'urgenza di provvedere, quale presupposto legittimamente di tale sistema, che essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione (Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882, Cons. St., V, 10 novembre, n. 8006) ovvero per sua inerzia o responsabilità (Consiglio Stato, sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996).

Pertanto, nel caso di specie, la scelta dell'amministrazione di affidare il servizio di pulizia de quo con procedura negoziata senza pubblicazione del bando, in luogo della procedura aperta, si appalesa illegittimo.

2.2. L'accoglimento dei primi due motivi di ricorso e, dunque, l'accertata illegittimità, in radice, della scelta della procedura negoziata senza bando nel caso in esame, comporta, sulla base dei principi da ultimo statuiti dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, l'assorbimento del terzo motivo di ricorso, con il quale è contestata la legittimità del requisito di partecipazione richiesto dall'avviso esplorativo, ovvero l'iscrizione nella fascia di classificazione, di cui al d.m. 7 luglio 1997, n. 274, non inferiore alla lettera "G", sussistendo un evidente rapporto di continenza logica rispetto ai motivi già esaminati e, da questo collegio, ritenuti fondati.

3. La domanda risarcitoria deve, invece, essere respinta per insussistenza del danno ingiusto, anche sotto il profilo della perdita di chance, stante l'intervenuta sospensione, con ordinanza cautelare emessa da questa Sezione, di tutti gli atti relativi alla procedura di gara gravata ben prima che si addivenisse alla sua aggiudicazione.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie la domanda caducatoria e, per l'effetto, annullata tutti i gravati atti;
- respinge la domanda risarcitoria.

Condanna la resistente amministrazione al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di lite che liquida nella somma complessiva di € 1.500 (euro millecinquecento/00), oltre oneri ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere

Francesca Romano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Francesca Romano

IL PRESIDENTE

Germana Panzironi

IL SEGRETARIO