

N. 00412/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00133/2016 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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 133 del 2016, proposto da:
Giustozzi Ambiente Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo
Annibaldi, con domicilio eletto presso Segreteria TAR in L'Aquila,
Via Salaria Antica Est;*

contro

*Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Abruzzo e del Molise,
rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Scarpantoni, Luca
Scarpantoni, con domicilio eletto presso Segreteria TAR in
L'Aquila, Via Salaria Antica Est;*

nei confronti di

*Sameco Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Salvini, con
domicilio eletto presso avv. Stefano Recchioni in L'Aquila, Via
Colle Pretara, 31/F.;*

per l'annullamento

della deliberazione n.53 del 18.2.2016 recante aggiudicazione in favore della controinteressata dell'affidamento del servizio di prelievo, trasporto, smaltimento e/o recupero dei rifiuti speciali conferiti dall'IZSAM e degli atti a questo presupposti, ivi compreso l'avviso esplorativo per manifestazione di interesse a partecipare alla procedura di cottimo fiduciario, del verbale della seduta di gara nella parte in cui dichiara inammissibile la richiesta di invito presentata alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Abruzzo e del Molise e di Sameco Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2016 la dott.ssa Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori l'avv. Roberto Colagrande, su delega dell'avv. Angelo Annibali, per la società ricorrente, l'avv. Carlo Scarpantoni per la parte resistente, presenti nei preliminari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, già gestore del servizio di prelievo, trasporto, smaltimento e recupero di rifiuti speciali per l'Istituto Zooprofilattico sperimentale dell'Abruzzo e del Molise "G.Caporale", impugna gli atti con i quali l'istituto resistente ha dapprima pubblicato un avviso esplorativo, teso ad avviare un'indagine di mercato finalizzata ad un eventuale esperimento di procedura di cottimo fiduciario (del valore complessivo di euro

96.000,00 annui), chiedendo ai soggetti interessati di manifestare il proprio interesse alla procedura tramite P.E.C. entro l'8 luglio 2015 (con la specificazione che non si poneva in essere alcuna procedura concorsuale e che la manifestazione di interesse non era condizione necessaria per essere invitati alla procedura di cottimo fiduciario) e poi affidato il servizio alla controinteressata Sameco a partire dall'1 aprile 2016; la ricorrente non aveva avuto notizia dell'avviso esplorativo in tempo utile per il tempestivo inoltro della domanda di partecipazione, presentata solo in data 25 agosto 2015 e rimasta senza riscontro; nonostante un'ulteriore richiesta in data 7 ottobre 2015, la domanda della ricorrente, con la stessa delibera di aggiudicazione definitiva, era stata dichiarata inammissibile perché fuori termine.

La Giustozzi inviava allora un preavviso di ricorso sollecitando un provvedimento in autotutela volto alla ripetizione della gara, rimasto senza esito; e da qui il ricorso che deduce: 1) Violazione dell'art. 125 del d.lgs. n.163 del 12 aprile 2006. Violazione dell'art. 124 del d.lgs. n.163 del 12 aprile 2006. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per sproporzione, irragionevolezza ed illogicità, Violazione della par condicio: la scelta dell'affidatario il servizio è avvenuta tramite cottimo fiduciario ex art. 125 del d.lgs. 163/2005, non ricorrendone i presupposti di legge; invero, non è dato rinvenire alcun regolamento o provvedimento generale dell'IZSAM che individui i beni e i servizi relativamente ai quali è possibile far ricorso alla procedura de qua, né alcun provvedimento che stabilisca, ai sensi del comma 10 dell'art. 125 del d.lgs. 163/2006, le singole voci di spesa per cui è ammissibile l'acquisizione in economia tramite la procedura di cottimo

fiduciario; in ogni caso non ricorrono le ipotesi previste dalla legge; in particolare, non è giustificato il ricorso al cottimo fiduciario (per la durata di un anno), nelle more dell'avvio di una procedura concorsuale di durata pluriennale, non ancora bandita, e peraltro non nella misura strettamente necessaria; l'istituto resistente ha violato la disposizione che obbliga alla pubblicazione del bandi sulla GURI; 2) Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 125 del d.lgs. n.163 del 12 aprile 2006. Eccesso di potere, Ingiustizia manifesta. Sviamento. Errore di fatto e dei presupposti di legge: la società ricorrente è il gestore uscente e, in quanto tale, avrebbe dovuto essere invitata alla procedura di cottimo fiduciario; né può valere a giustificare il mancato invito la circostanza che la Giustozzi non abbia presentato tempestivamente la manifestazione di interesse, che non era affatto condizione necessaria per essere invitata, come statuito nell'avviso esplorativo; del resto la natura informale della procedura osta alla rigidità e formalità dei termini previsti per la presentazione della manifestazione di interesse; in ogni caso, l'Istituto non ha proceduto alla valutazione della domanda di partecipazione, negando di fatto la sua partecipazione alla gara, senza informare sui motivi del mancato esame.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso e dell'istanza cautelare.

Si costituiva l'Istituto resistente chiedendo dichiararsi il ricorso inammissibile e/o infondato; in particolare, deduceva l'irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione del provvedimento recante inammissibilità della domanda di partecipazione, regolarmente pubblicato sul sito dell'Istituto fin dall'ottobre 2015; la ricorrente neppure ha specificamente impugnato la clausola contenuta nell'avviso esplorativo circa i

termini di presentazione della domanda; la mancata impugnazione rende l'impugnativa avverso gli esiti della gara inammissibile; in quanto concorrente escluso, la ricorrente non può dunque contestare le regole della gara né i suoi esiti; in ogni caso, la procedura di cottimo fiduciario è giustificata dalla necessità di esperire la procedura aperta di rilievo comunitario e dunque nelle more dell'espletamento della stessa; la durata dell'acquisizione in economia è stata limitata a soli sei mesi; infondato è anche il rilievo circa il mancato invito al gestore uscente, atteso che l'Istituto ha regolarmente pubblicato l'avviso di preinformazione che consentiva alla Giustozzi, come a tutti gli altri operatori interessati, di presentare la domanda di ammissione.

Si costituiva anche la controinteressata Sameco che, sulla linea delle argomentazioni già spese dall'Istituto resistente, eccepeva l'improcedibilità del ricorso stante la sua esclusione dalla gara, non impugnata tempestivamente; per il resto, del tutto legittima si appalesava il ricorso alla procedura di cottimo fiduciario, stante la scadenza del contratto con il precedente operatore e la necessità di coprire il servizio nelle more dell'espletamento di pubblica gara; quanto alla mancato invito, la scelta dell'Istituto di pubblicare sul sito la sua volontà di procedere a cottimo fiduciario consentendo a tutti i partecipanti di presentare domanda di partecipazione, esclude di poter configurare un ulteriore onere per l'Istituto di invitare individualmente il gestore uscente.

Il TAR adito respingeva la istanza cautelare.

Le parti depositavano memorie illustrative.

All'esito della pubblica udienza del 22 giugno 2016, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

DIRITTO

Con il ricorso all'esame, la società ricorrente impugna gli esiti della procedura di cottimo fiduciario espletata dall'Istituto resistente per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto di rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi.

La ricorrente premette di essere gestore uscente del servizio de quo e, nonostante ciò, di non essere stata invitata a presentare offerta nell'ambito della procedura di cottimo; in ogni caso, non sussisterebbero i presupposti di legge per far luogo alla detta procedura, ammessa dal sistema solo in ipotesi espressamente delineate dal legislatore e tassative in considerazione della natura eccezionale e derogatoria della medesima procedura.

Osserva anzitutto il Collegio che la ricorrente ha partecipato alla procedura de qua, inoltrando specifica istanza volta ad essere inviata; l'istanza è stata tuttavia disattesa e dichiarata inammissibile dall'Istituto per tardività, come desunta da una specifica disposizione contenuta nell'avviso esplorativo.

In effetti, sotto la voce "termini e modalità per l'invio della manifestazione di interesse" si chiariva che "la manifestazione di interesse dovrà essere presentata tramite P.E.C. all'indirizzo...entro il termine perentorio del...ore 14... Le manifestazioni pervenute oltre il termine suddetto non saranno prese in considerazione" (cfr. pag. 3 dell'avviso, all. n.3 della produzione di parte resistente).

Orbene, rileva il Collegio che, avendo la società odierna ricorrente presentato istanza di interesse senza alcuna riserva, ha con ciò accettato le disposizioni regolanti la gara e la stessa indizione della gara informale.

Pertanto, la contestazione del particolare strumento di scelta del contraente, per asserito difetto delle condizioni legittimanti la scelta del tipo di gara, appare, nel caso di specie, inammissibile per difetto di interesse, dato che la ricorrente ha presentato domanda di partecipazione alla gara e che la sua domanda risulta essere stata considerata, ancorché tardivamente presentata.

In proposito, la giurisprudenza ha ripetutamente statuito che la partecipazione senza riserva alla gara determina l'inammissibilità, per intervenuta acquiescenza, delle censure fondate sull'assenza delle condizioni legittimanti l'impiego di tale metodo di contrattazione (cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, n. 53472013; TAR Puglia, Bari, n.1579/2012; Cons. di Stato. n.795/2009, ex multis).

Tanto è sufficiente a giudicare inammissibile il primo motivo di censura volto appunto a contestare le condizioni legittimanti l'avvio della procedura di cottimo fiduciario.

Con il secondo motivo di ricorso, la società odierna ricorrente deduce che la procedura sarebbe stata comunque invalidamente esperita non essendo stato consentito ad essa, gestore uscente, di parteciparvi, per non essere stata invitata.

Sul punto, questo TAR si è recentemente espresso (cfr. TAR Abruzzo - L'AQUILA, n.372/2016; punto VI della motivazione), aderendo ad un indirizzo mediano, suggerito da Cons. di Stato, n.4661/2014, secondo il quale non può configurarsi alcun automatismo né rigidità applicativa in ordine alla possibilità di invitare il gestore uscente, atteso l'apicale principio di rotazione che dovrebbe informare le procedure semplificate di affidamento degli appalti non munite di contrappesi idonei a garantire la più ampia concorrenza, sicché, al contrario, dovrebbe essere piuttosto la decisione di invitare

il gestore uscente, piuttosto che impedirne la partecipazione, a dover essere motivata ovvero a dover essere giustificata dalle peculiari circostanze afferenti la gara ove escludenti ogni effettivo o presunto favoritismo (ad es., in ragione del numero delle imprese invitate).

Nel caso di specie, tuttavia, come convincentemente argomentato dalla difesa di parte controinteressata, la ricorrente non può lamentare di non essere stata invitata sulla base della pretesa violazione della par condicio competitorum, perché, al contrario, l'Istituto ha aperto la gara informale alla massima partecipazione inserendo sul proprio sito gli estremi dell'avvio della procedura e i termini per la partecipazione, consentendo non solo al gestore uscente, ma a tutti gli operatori interessati, di parteciparvi; così assicurando la più ampia aperta, tra gli altri, anche al gestore uscente.

Il quale non può invece pretendere l'invito "individuale", che, nella peculiare fattispecie all'esame, non sarebbe compatibile con le generali regole della concorrenza e della parità di trattamento degli operatori coinvolti nei rapporti con la P.A.

Sotto diverso, e del pari dirimente, profilo, la società ricorrente si è vista opporre un diniego alla partecipazione in ragione della ritenuta tardività della prodotta manifestazione di interesse, che discende pianamente dalla sopra richiamata (e testualmente riportata) disposizione dell'avviso esplorativo, senza tuttavia impugnare la clausola del detto avviso che detti termini prevedeva e cui l'Istituto resistente era dunque vincolato, il che colora di inammissibilità anche la censura in esame.

In ogni caso, non può sostenersi la natura meramente sollecitatoria (e non perentoria) del termine per la presentazione della

“manifestazione di interesse”, che è invece esclusa dalla testuale lettura del detto avviso secondo cui “le manifestazioni pervenute oltre il suddetto termine non saranno prese in considerazione” (cfr. pg.3 dell’avviso esplorativo).

E neppure può sostenersi, ancora con la difesa ricorrente, che la detta manifestazione di interesse non fosse necessaria per la partecipazione alla selezione, argomentando, ancora sulla base dell’avviso esplorativo, che “la manifestazione di interesse non è condizione necessaria per essere invitati alla procedura di cottimo fiduciario e non comporta per questo istituto alcun obbligo di affidamento dei relativi servizi, così che gli operatori economici non possono vantare, in merito, alcuna pretesa o richiesta di risarcimento” (cfr. avviso di gara).

Tale indicazione contenuta nel bando è, invece, letta dal Collegio nel senso, diverso da quello sposato dalla difesa ricorrente, che nessun vincolo potesse configurarsi per l’istituto (che nonostante la presentazione della manifestazione di interesse, restava libero di procedere oltre o meno, eventualmente invitando anche imprese che non l’avessero presentata), mentre la manifestazione di interesse rimaneva, per l’operatore, condizione “necessaria” (ossia obbligatoria) per partecipare alla procedura ed eventualmente conseguirne gli utili effetti.

Ma anche laddove dovesse ritenersi che, nonostante la mancata manifestazione di interesse, l’Istituto potesse tuttavia invitare altre ditte a presentare offerta, non può revocarsi in dubbio che tale facoltà potesse essere utilizzata dall’Istituto con prudente oculatezza, proprio ad evitare effettivi o presunti favoritismi che il procedimento di previa manifestazione di interesse, secondo le

peculiari modalità "aperte" utilizzate dall'Istituto," tendeva, a ben vedere, a scongiurare.

Sicché l'invito al gestore uscente, nell'ottica pure sopra individuata, nonostante la tardiva manifestazione di interesse da questi presentata, non sarebbe apparso rispettoso dei principi di parità di trattamento, proprio al contrario di quanto il ricorrente intende sostenere.

Il motivo è dunque infondato.

Per le considerazioni sopra svolte, il ricorso deve essere complessivamente respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nell'importo in dispositivo fissato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo - L'AQUILA, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), in favore delle parti resistente e controinteressata, ciascuna per la metà.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Amicuzzi, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/06/2016

IL SEGRETARIO

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