



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 332 del 2008, proposto da:
Assoservizi S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Ferdinando D'Amario, con
domicilio eletto presso lo stesso in L'Aquila, via Poggio Picenze 21 (N.I.);

contro

Comune di Magliano de' Marsi in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso
dall'avv. Stefania Pastore, con domicilio eletto presso la stessa in L'Aquila, via
Pescara, 2 - c/o Strinella 88;

nei confronti di

Responsabile del Servizio di Polizia Municipale, Consorzio Urbania "Vivere La
Citta', Gestione Servizi Pubblici S.r.l. Sede di Roma;

per l'annullamento

**DETERMINAZIONE N. 273 DEL 23.3.2008 CON LA QUALE QUESTI
DECIDEVA DI NON PROCEDERE ALL'AGGIUDICAZIONE
DEFINITIVA DELL'APPALTO PER LA GESTIONE DELLE AREE DI
SOSTA A PAGAMENTO**

e per la condanna del Comune a risarcire i danni provocati

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Magliano de' Marsi in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2012 il dott. Alberto Tramaglino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente espone che con deliberazione giunta 18 ottobre 2007 n. 144 il Comune resistente approvava il capitolato per l'affidamento della concessione del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento, al cui avviso veniva data pubblicità mediante affissione in albo pretorio e pubblicazione su notiziari diffusi in ambito nazionale tra le ditte specializzate. L'avviso prevedeva requisiti di partecipazione, ritenuti restrittivi in quanto posseduti da un limitato numero di operatori, quali l'iscrizione all'albo dei concessionari e della riscossione e l'aver svolto servizi analoghi in almeno tre comuni. Il 28 febbraio 2008 si svolgevano le operazioni di gara, a cui avevano partecipato tre ditte, all'esito delle quali la ricorrente risultava aver presentato la migliore offerta ed a cui il servizio veniva pertanto provvisoriamente aggiudicato. Senonché, con nota del successivo 20 marzo il medesimo Responsabile del Servizio determinava "di non procedere all'aggiudicazione definitiva dell'appalto ... in quanto il numero di imprese partecipanti al procedimento di gara è stato inferiore a quello prescritto dalla legge (art. 125 D.Lgs. 163/2006) ... di demandare a successivo provvedimento l'indizione di una nuova gara d'appalto".

Seguivano nota dell'impresa di contestazione del provvedimento e comunicazione comunale in cui si precisava la necessità, ai fini della legittimità della procedura, “della previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato (cfr. avviso di gara approvato con atto n. 130/2008) ovvero tramite elenchi di operatori predisposti dalla stazione appaltante”, condizione che nella specie non era stata soddisfatta.

Deducendo l'illegittimità di tale provvedimento la società ne chiede l'annullamento con conseguente condanna del Comune al risarcimento del danno.

In prossimità dell'udienza di discussione il Comune deduceva con memoria che la procedura seguita per l'affidamento del servizio era quella delle acquisizioni in economia mediante il procedimento del cottimo fiduciario di cui all'art. 125 d.lg. 163/2006. L'atto di indizione aveva altresì stabilito, non avendo l'amministrazione a disposizione un elenco di operatori in possesso dei necessari requisiti, di acquisire direttamente le offerte senza previa formalizzazione di lettera di invito. Poiché tale procedimento semplificato, in quanto implicante una deroga al principio di massima partecipazione, richiede il rispetto rigoroso dei presupposti di legge, tra cui vi è il raggiungimento di un numero minimo di offerte, l'annullamento della procedura sarebbe stato pertanto imposto dalla disciplina di settore. Ha perciò concluso per il rigetto del ricorso.

A tali argomentazioni ha replicato con memoria la ricorrente.

DIRITTO

Il ricorso è manifestamente fondato.

L'art. 125 d.lg. 163/2006, comma 11, prevede “per servizi o forniture ... l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori

economici predisposti dalla stazione appaltante”, il che innanzitutto evidenzia che il numero di “almeno cinque operatori” è richiesto allorché sia stato accertato che “sussistono in tale numero soggetti idonei”, valutazione di cui non vi è traccia nel provvedimento. Una adeguata motivazione in tal senso era tanto più necessaria ove si consideri che la partecipazione era aperta a qualunque ditta interessata in possesso dei requisiti richiesti e che la procedura aveva avuto pubblicità su riviste di settore diffuse su scala nazionale.

Deve peraltro osservarsi che la procedura in questione prevedeva un prezzo base, la presentazione delle offerte in plichi sigillati, una serie di regole poste a pena di esclusione nonché un criterio di aggiudicazione (prezzo più alto sull'importo a base di gara), e pertanto si è in buona sostanza svolta in assenza di una qualunque fase negoziata. Il che va raffrontato con la previsione legislativa secondo cui “il cottimo fiduciario è una procedura negoziata” (4° comma art. 125 cit.), concetto ribadito dall'art.3, comma 40. In un contesto “in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto” (di nuovo art. 3, comma 40), la prescrizione legislativa che sia consultato un certo numero di operatori con cui “negoziare” le condizioni contrattuali trova la sua evidente ratio nell'esigenza di assicurare il “rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento” di cui all'art. 125 cit. La previsione legislativa è quindi caratterizzata dal momento negoziale, in cui taluni elementi del contratto, tra cui il prezzo, non sono determinati dalle regole della procedura bensì dall'incontro tra le volontà dell'amministrazione e di uno degli operatori “consultati”.

L'esigenza che gli interpellati debbano essere almeno cinque appare invece del tutto estranea ad una procedura adeguatamente pubblicizzata, aperta a qualunque operatore interessato, che si caratterizza in modo del tutto diverso da quella in cui gli operatori coinvolti nella negoziazione sono individuati dalla stessa stazione

appaltante in base ad un criterio di rotazione. Dalla procedimentalizzazione di ogni fase deriva peraltro la conseguenza che il contenuto del contratto, e segnatamente la fissazione del corrispettivo, si determina facendo meccanica applicazione delle regole della procedura ed in particolare, riguardo al prezzo, tenendo conto dell'offerta risultata migliore, che di per sé assicura il rispetto dei suddetti principi di trasparenza e par condicio.

E' pertanto fondato il motivo con cui la ricorrente distingue tra "consultazione" degli operatori e "partecipazione" ad una procedura di gara, ritenendo che solo nella prima ipotesi si riscontra l'esigenza di assicurare un ventaglio minimo di soggetti consultati.

E' d'altra parte singolare che l'amministrazione si sia avveduta una così evidente situazione di pretesa illegittimità solo una volta aperte le buste contenenti le offerte, essendo invece da subito evidente che non erano soddisfatti i presupposti ritenuti indispensabili per assicurare la legittimità della procedura. L'acquisita conoscenza delle offerte economiche introduce una fase in cui ogni pretesa di autotutela deve essere sottoposta a motivazione talmente rigorosa da non rendere sufficiente il semplice richiamo ad una esigenza di più ampia partecipazione, senza curarsi nemmeno di evidenziare la presenza sul mercato di altri operatori rispondenti alle condizioni di partecipazione e di dare quindi concretezza alla supposta violazione del principio che si assume disatteso.

Il ricorso va quindi accolto con annullamento della determinazione impugnata.

Ne consegue la fondatezza della domanda risarcitoria in ordine all'an.

Appare infatti evidente la responsabilità dell'amministrazione che ha illegittimamente impedito che la ricorrente ottenesse l'utilità oggetto della gara. L'intervento effettuato dopo la conoscenza delle offerte economiche per motivazioni che potevano essere spese fin dalla ricezione dei plichi rende

particolarmente evidente il carattere quantomeno colposo del comportamento dell'amministrazione.

Rispetto al quantum la ricorrente ha adeguatamente illustrato le componenti di danno e i criteri di quantificazione. Trattandosi tuttavia di verificare le medesime anche alla luce delle condizioni di servizio e del connesso rischio di impresa, invece che nominare allo scopo un consulente tecnico che quantifichi il mancato utile, per ragioni di economia processuale si ritiene di fissare i criteri sulla cui base il Comune offrirà la somma dovuta ex art. 34, comma 4, d.lg. 104/2010.

A tal fine l'amministrazione quantificherà i presumibili ricavi che l'impresa avrebbe conseguito dallo svolgimento dei servizi, tenendo conto sia di un ragionevole indice di utilizzazione delle suddette aree a pagamento (stimando quindi il possibile incasso annuo, a cui dovranno essere detratte le spese necessarie allo svolgimento del servizio) sia degli ulteriori introiti per la redazione dei verbali da parte degli ausiliari, tenendo in ciò conto dei probabili introiti in rapporto alle violazioni accertate in ambito comunale.

Va assegnato il termine di 60 giorni dalla notificazione della presente sentenza per offrire alla ricorrente la somma così determinata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, L'Aquila, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato. Condanna il Comune resistente al risarcimento del relativo danno, da quantificarsi ex art. 34, comma 4, d.lg. 104/2010, entro i termini e secondo i criteri fissati in motivazione.

Condanna il Comune al rimborso delle spese di giudizio che liquida in Euro 3.000(tremila), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Elvio Antonelli, Consigliere

Alberto Tramaglini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2012

IL SEGRETARIO

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