

N. 02108/2012 REG.PROV.COLL.

N. 07168/2011 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 il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7168 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Soc Esperia Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Caracciolo e Monika Sardo, con domicilio eletto presso Sergio Caracciolo in Roma, via Lazio,20/C;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Consorzio Parsifal, n.c.;

per l'annullamento

delle note ministeriali n. 0034013 del 26 luglio 2011 e n. 0000164 del 3 agosto 2011, di tutti gli atti della procedura negoziata di cui alle note suddette per l'affidamento del servizio di gestione dei micro - nidi aziendali (tra cui determina a contrarre, lettera di invito, verbali di espletamento della gara, verbale di formazione

della graduatoria) compreso il provvedimento di aggiudicazione (anche definitiva) della procedura stessa;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto e il risarcimento del danno;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2011 il dott.

Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso e successivi motivi aggiunti, l'istante impresa Esperia srl impugna gli atti della procedura negoziata, senza bando di gara, per l'affidamento del servizio di gestione di micro-nidi aziendali indetta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. L'impugnativa è estesa dalla ricorrente, che ha avuto informalmente e genericamente notizia della procedura, alla determina a contrarre, alla lettera invito, ai verbali di espletamento della gara, al verbale di formazione della graduatoria ed anche (mediante motivi aggiunti) al provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura stessa in data 4.8.2011 al Consorzio Parsifal.

In effetti, il Ministero intimato, per continuare a gestire il servizio (in essere con due diversi gestori ed in scadenza il 31.7.2011) dei due micro-nidi aziendali per le sedi di Via Nomentana ("I Cuccioli") e di Viale dell'Arte ("Puffi e Pupe"), ha assunto apposita determina a contrarre n. 105 del 27.5.2011 evidenziando che il servizio oggetto dell'appalto (con durata fissata in un anno educativo, dal settembre 2011 al luglio 2012), anche se di importo (390.000,00 euro Iva esclusa)

superiore alla soglia comunitaria, è ascrivibile alla Cat. 25 (servizi sanitari e sociali) rientrando tra i servizi elencati nell'Allegato II B del D.Lgs. n. 163/2006, la cui procedura di affidamento, mediante gara informale, è disciplinata dall'art. 20 e dall'art. 27 del suddetto D.Lgs. Indi, previa diramazione di lettera di invito a 12 operatori del settore (ma non anche alla ricorrente) ed espletamento delle operazioni di gara da parte dell'apposita Commissione, il servizio di gestione dei due sopra citati micro-nidi aziendali è stato definitivamente aggiudicato al Consorzio Parsifal per l'importo complessivo di euro 389.610,00.

Con il ricorso e i motivi aggiunti di cui trattasi l'istante deduce, con due articolati mezzi d'impugnazione, l'illegittimità della procedura per mancanza di pubblicità; violazione dei principi del Trattato posti a garanzia della effettiva concorrenzialità e della par condicio dei concorrenti; violazione della legge n. 241/90 e dei principi di imparzialità, trasparenza, efficienza, buona amministrazione; Violazione della comunicazione interpretativa (2006/C179/02) relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti solo parzialmente disciplinati dalle direttive "appalti pubblici"; difetto assoluto di motivazione e di istruttoria.

L'Amministrazione è costituita in giudizio e controdeduce ex adverso con apposite memorie difensive, mentre l'impresa istante insiste nei propri assunti con memoria da ultimo depositata il 25.11.2011.

Tanto premesso, rileva il Collegio che il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento, alla stregua delle seguenti considerazioni, che vengono svolte in condivisione di motivi d'impugnativa prospettati dalla ricorrente:

A) Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha proceduto all'affidamento del servizio di gestione dei due micro-nidi aziendali mediante procedura negoziata senza bando, giustificata dalla natura del servizio, ricompreso nell'Allegato II B al Codice dei Contratti del 2006, con invito esteso a 12 concorrenti autonomamente e discrezionalmente individuati dalla stazione appaltante tra operatori "con

esperienza nel settore”. Peraltro tale *modus procedendi* non appare al Collegio pienamente rispettoso dei principi di pubblicità e trasparenza stabiliti dagli artt. 2 e 27 del D.Lgs. n. 163/2006 nonché dei principi di concorrenzialità e par condicio rivenienti dalle norme suddette, da quelle comunitarie e dallo stesso Trattato;

B) Al riguardo la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 1/2008) ha chiarito che anche per i servizi parzialmente esclusi dall’ambito applicativo del Codice dei Contratti del 2006, quali quelli elencati nell’Allegato II B e riguardanti i “servizi sanitari e sociali”, resta ferma la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario, per effetto dell’operatività congiunta degli artt. 20 e 27 del D.Lgs. n. 163/2006. Ha soggiunto, in particolare, l’Adunanza Plenaria, che “deve essere assicurata l’apertura alla concorrenza (C. giust. CE: 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03). Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell’indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa”. Il che implica che deve essere data notizia dell’indizione della procedura di affidamento a tutti i possibili interessati (cfr. anche in proposito TAR Lazio, III quater, n. 6443/08);

C) d’altra parte, la Commissione dell’Unione europea con la comunicazione interpretativa 1° agosto 2006 "relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»", pubblicata nella G.U.U.E. 1° agosto 2006, n. C 179, ha chiarito che secondo la CGCE, i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire,

in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. Per cui la Commissione ha rilevato "che la prassi consistente nel prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti non è sufficiente a tale riguardo, anche se l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge ad imprese di altri Stati membri o si sforza di entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori. Un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, e in particolare dei nuovi arrivati sul mercato". Con la conseguenza che "pertanto, il solo modo di rispettare i requisiti definiti dalla CGCE consiste nella pubblicazione di un avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale avviso pubblicitario deve essere pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nell'intento di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto". A giudizio della Commissione, un'adeguata trasparenza per gli appalti di servizi il cui importo superi (come nella specie) le soglie stabilite dalla normativa comunitaria implica la pubblicazione "in un mezzo di comunicazione largamente diffuso" (ad esempio, portali internet, gazzette ufficiali, bollettini, quotidiani, ecc.);

D) dal canto suo, la stessa Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, seguendo lo stesso ordine argomentativo, ha affermato (vedi deliberazione n. 102 del 5.11.2009) che "sebbene i servizi rientranti nell'allegato II B del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 siano soggetti, a stretto rigore, solo alle norme richiamate dall'art. 20 del D.Lgs. 163/2006, oltre a quelle espressamente indicate negli atti di gara (in virtù del c.d. principio di autovincolo), quando il valore dell'appalto è decisamente superiore alla soglia comunitaria è opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 del D.Lgs. 163/2006 come applicabile anche ai contratti c.d. esclusi". Ed ancora la stessa AVCP, con la deliberazione n. 76 del

1°12.2010, ha ricordato che i servizi di cui all'allegato II-B al D.Lgs. n. 163/06 "sono menzionati, insieme ad altri, dalla Commissione UE, nella "Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1° agosto 2006, n. C 179" nella quale è stata indicata l'esigenza che anche tale affidamenti "siano preceduti da "un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione". E quindi, in detta deliberazione le Stazioni appaltanti, sono state "invitate, quando in particolare affidano servizi compresi nell'allegato II B al Codice dei contratti pubblici il cui importo superi la soglia di applicazione della normativa comunitaria, ad osservare le indicazioni fornite con detta Comunicazione interpretativa, soprattutto per quanto riguarda le forme di pubblicità da adottare, che devono essere improntate al criterio di ampia diffusione ed adeguatezza".

E)nel caso di specie, è quindi evidente che l'Amministrazione, omettendo qualsiasi forma di adeguata pubblicità, sia incorsa in violazione di legge, per difetto di pubblicità e trasparenza ed indebita restrizione di concorrenza, precludendo la partecipazione ad altri eventuali operatori qualificati ed in particolare alla ricorrente;

F)In ogni caso la procedura è anche viziata per mancato invito della ricorrente a partecipare alla gara nella sua qualità di gestore uscente del servizio, svolto in affidamento da ben due anni, in base al principio giurisprudenziale per cui "il privato che ha precedentemente svolto presso l'amministrazione lo stesso servizio cui si riferisce la trattativa privata, in relazione alla quale censura il mancato invito, si trova... in una posizione peculiare, che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'amministrazione ed assume la natura e consistenza dell'interesse legittimo

tutelabile dinanzi al giudice amministrativo” (vedi C. S., IV, 17 febbraio 1997, n. 125; TAR Friuli Venezia Giulia, n. 535/99; Tar Lazio, LT, n. 1580/2006).

Irrilevante appare poi al Collegio, ai fini della diversificazione delle situazioni e della consistenza della posizione acquisita dalla ricorrente, sia lo strumento, pur sempre concorsuale, del comodato d’uso dei locali, a suo tempo prescelto infatti dall’Amministrazione per assicurare comunque presso la sede di Viale dell’Arte il servizio di gestione del relativo micronido, sia la circostanza che il precedente servizio fosse stato reso dalla ricorrente in uno soltanto dei due micronidi poi oggetto della procedura di cui trattasi, trattandosi di elementi inidonei a vanificare la mera pretesa della ricorrente di partecipazione competitiva in concorso con altri operatori.

La ricorrente quindi doveva essere invitata alla procedura. E comunque l’eventuale scelta dell’Amministrazione di non interpellarla ai fini della presentazione di un’offerta in una gara senza bando avrebbe dovuto essere specificamente motivata (vedi CdS, VI, n. 4295/2006). Nella specie nessuna motivazione è stata resa dall’Amministrazione in ambito procedimentale. Né vale la motivazione “postuma” fornita dall’Avvocatura dello Stato in sede difensiva, sia per il noto e pacifico principio per cui la motivazione carente non può essere integrata nelle difese di un giudizio al di fuori della sede e delle regole del procedimento, sia perché i rilievi svolti circa la non affidabilità dell’impresa Esperia non sembrano nemmeno particolarmente convincenti (non spiegandosi altrimenti come il servizio espletato da tale impresa sia stato addirittura prorogato per un anno), sia perché le asserite carenze nella gestione del micronido di Viale dell’Arte trovano smentita nella nota di Roma Capitale del 2.8.2011 (depositata in atti dalla ricorrente) dalla quale si evince chiaramente che il servizio, sebbene ancor di più migliorabile, è stato comunque reso positivamente ed esso “risulta pienamente rispondente alle linee guida del Progetto educativo di Roma Capitale”.

In base alle esposte considerazioni, e con assorbimento di ogni profilo di censura non esaminato, il ricorso di cui in epigrafe, come integrato dai motivi aggiunti, dev'essere quindi accolto con annullamento, per l'effetto, degli atti impugnati.

Quanto invece alla richiesta di declaratoria d'inefficacia del contratto, nulla va disposto al riguardo (non risultando, sulla base della lettera istruttoria depositata in giudizio dalla P.A. in data 19.10.2011 e di quanto emerso dalla discussione della causa all'odierna pubblica udienza, che il contratto di affidamento del servizio sia stato ancora stipulato), mentre, in ordine alla richiesta risarcitoria, essa va disattesa in quanto assolutamente generica.

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'Amministrazione nella misura equitativamente determinata e limitata di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, accoglie gli stessi, come da motivazione, e per l'effetto, in riferimento alla parte impugnatoria, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Amministrazione a rifondere le spese nella limitata misura di euro 2.500,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

Giuseppe Sapone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2012

IL SEGRETARIO

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