

N. 00137/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01645/2010 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 la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 e 74 cpa;

sul ricorso numero di registro generale 1645 del 2010, proposto da:

LA SPERANZA SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ONLUS,
rappresentata e difesa dagli avv. Michele Mantovani e Laura Rota,
con domicilio eletto presso la seconda in Brescia, via Solferino 55;

contro

COMUNE DI SAN BENEDETTO PO, non costituitosi in
giudizio;

per l'annullamento

- della nota del responsabile del Settore Socio-Assistenziale e Scolastico prot. n. 16350 del 19 novembre 2010, con la quale è stato comunicato alla ricorrente che la sua domanda di partecipazione al cottimo fiduciario riguardante il servizio ausiliario presso il nido

comunale d'infanzia non poteva essere presa in considerazione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 il dott.

Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cpa;

Considerato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di S. Benedetto Po ha affidato tramite cottimo fiduciario il servizio ausiliario presso il nido comunale d'infanzia "Il Germoglio" per il periodo dal 1 gennaio 2011 al 31 luglio 2011. L'importo a base di gara era pari a € 27.138,46 (Iva esclusa). Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio del massimo ribasso.

2. Alla procedura sono state invitate 5 imprese, ossia il numero minimo previsto dall'art. 125 comma 11 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163, ma solo una (la controinteressata cooperativa Il Poliedro Onlus) ha presentato la propria offerta, risultando poi aggiudicataria.

3. La ricorrente cooperativa La Speranza Onlus, pur non essendo stata invitata, ha trasmesso tempestivamente la propria offerta facendo riferimento alla notizia del cottimo fiduciario rinvenuta sul

sito Internet del Comune.

4. Il Comune con nota del responsabile del Settore Socio-Assistenziale e Scolastico del 19 novembre 2010 ha però comunicato alla ricorrente che la domanda di partecipazione non poteva essere presa in considerazione in quanto proveniente da impresa non invitata.

5. Contro il suddetto provvedimento la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 22 dicembre 2010 e depositato il 30 dicembre 2010. I vizi lamentati consistono nella violazione degli art. 125 e 226 del Dlgs. 163/2006. In sintesi la ricorrente sostiene che la pubblicazione della notizia del cottimo fiduciario sul sito Internet implicherebbe la disponibilità del Comune ad accettare le offerte di tutte le imprese interessate, e che se anche non fosse stata questa l'intenzione del Comune vi sarebbe comunque l'obbligo di esaminare tutte le offerte pervenute, a maggior ragione se formulate da imprese già note. L'esclusione delle offerte non sollecitate tramite invito sarebbe al contrario illegittima per discriminazione e mancanza di trasparenza, e perché in contrasto con l'interesse pubblico a ottenere il prezzo migliore.

6. Il Comune non si è costituito in giudizio ma ha trasmesso una nota di chiarimenti in data 10 gennaio 2011. In particolare nella suddetta nota si evidenzia che la ricorrente era stata invitata in precedenza ad altre procedure di cottimo fiduciario per attività

analoghe (v. determinazioni dirigenziali n. 728 del 10 novembre 2009 e n. 732 del 30 novembre 2007) e in un caso aveva anche ottenuto l'affidamento.

7. Sulle questioni proposte nel ricorso si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(i) l'importo limitato dei lavori e dei servizi giustifica (qualora non vi sia stato artificioso frazionamento dell'appalto) l'adozione delle forme procedurali semplificate e accelerate proprie del cottimo fiduciario, tra cui in particolare la riduzione della pubblicità dell'appalto e la limitazione del numero di imprese ammesse al confronto;

(ii) l'amministrazione aggiudicatrice è però tenuta a compilare la lista delle imprese da invitare al confronto nel rispetto dei principi generali di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, tutti richiamati nell'art. 125 comma 11 del Dlgs. 163/2006, e parimenti deve condurre la procedura sulla base dei medesimi criteri;

(iii) tra i due poli della semplificazione e del rispetto dei principi generali in materia di appalti deve essere cercata in concreto la soluzione al problema posto dalle imprese che, pur non essendo state invitate, trasmettano comunque una propria offerta;

(iv) il principio di semplificazione consente di non prendere in considerazione le offerte che eccedano il numero minimo previsto per legge, quando vi sia il pericolo che così operando venga compromesso l'obiettivo della speditezza della procedura;

(v) peraltro nel caso in esame solo una delle 5 imprese invitate ha presentato un'offerta, e quindi non vi era in concreto il rischio di complicazione o di rallentamento della procedura. Poteva quindi prospettarsi una situazione in cui l'ammissione di un'ulteriore offerta, sia pure proveniente da un soggetto non invitato, contribuiva ad attuare il principio di concorrenza effettiva (v. art. 44 par. 3 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE);

(vi) questa considerazione può però essere bilanciata dal principio di rotazione, che ha carattere oggettivo e non determina discriminazione, in quanto è parimenti diretto a garantire una concorrenza effettiva (v. consideranda n. 2-40-41 della direttiva n. 2004/18/CE). Quando vi sono imprese che hanno già svolto analoghi lavori o servizi sulla base di procedure negoziate l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente decidere di favorire l'ingresso di altri soggetti escludendo dagli inviti, per un certo periodo, gli affidatari pregressi. Il principio di rotazione risulta ancora più stringente per l'amministrazione aggiudicatrice quando la situazione di mercato in un determinato contesto economico sia caratterizzata dalla presenza di numerose imprese potenzialmente idonee e interessate all'appalto. In questo caso la rotazione può essere applicata non solo ai precedenti affidatari ma anche ai soggetti che abbiano partecipato alle procedure negoziate senza conseguire l'appalto;

(vii) nello specifico l'applicazione del principio di rotazione appare

giustificata, in quanto la ricorrente è stata più volte invitata in passato a procedure di cottimo fiduciario e in un caso è risultata anche aggiudicataria (v. sopra al punto 6).

8. In conclusione il ricorso deve essere respinto. La mancata costituzione del Comune esime dalla pronuncia sulle spese di giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Nulla per le spese. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario, Estensore

Stefano Tenca, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2011

IL SEGRETARIO

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