

N. 00003/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00431/2010 REG.RIC.
N. 00469/2010 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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 431 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impreservices S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Donato D'Angelo, con domicilio eletto presso TAR Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

contro

Azienda Sanitaria Locale N. 1 - Avezzano - Sulmona - L'Aquila, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico De Nardis, con domicilio eletto presso Domenico De Nardis in L'Aquila, via G. Pastorelli;

nei confronti di

Siram S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Benedetto Carbone, Marilena Maurizi, con domicilio eletto presso Marilena Maurizi in L'Aquila, via A.Colagrande N. 1;

sul ricorso numero di registro generale 469 del 2010, proposto da:
Omnia Servitia A.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Calvi
Moscardi, Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso avv. Paolo
Calvi Moscardi in L'Aquila, via Giovanni di Vincenzo N. 31;

contro

Asl 101 – Avezzano – Sulmona, in persona del Direttore Generale,
rappresentato e difeso dall'avv. Domenico De Nardis, con domicilio
eletto presso Domenico De Nardis in L'Aquila, via G. Pastorelli;
Regione Abruzzo, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale
dello Stato, domiciliata per legge in L'Aquila, Complesso
Monumentale S. Domenico;

nei confronti di

Siram S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Carbone,
Marilena Maurizi, con domicilio eletto presso Marilena Maurizi in
L'Aquila, via A.Colagrande N. 1;
Impreservice S.r.l.;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 431 del 2010:

DELLA DELIBERAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE
DELLA REGIONE ABRUZZO AZIENDA SANITARIA
LOCALE N.1-AVEZZANO-SULMONA-L'AQUILA, PROT.1187
DEL 29/07/2010 CON CUI È STATA INDETTA UNA
"PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA

PUBBLICAZIONE DI UN BANDO DI GARA".

quanto al ricorso n. 469 del 2010:

DEGLI ATTI DI ESTREMI E CONTENUTI SCONOSCIUTI
CON I QUALI È STATA INDETTA UNA PROCEDURA
NEGOZIATA DEI SERVIZI DI GESTIONE, CONDUZIONE
E MANUTENZIONE DEGLI IMPIANTI TERMICI - IDRICI -
SANITARI - CONDIZIONAMENTO - ANTINCENDIO - GAS
METANO DI RETE - DEPURAZIONE ACQUE REFLUE E
DEGLI IMPIANTI ELETTRICI ED AFFINI NEI PRESID
OSPEDALIERI DI AVEZZANO, SULMONA, PEScina,
TAGLIACOZZO E CASTEL DI SANGRO.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale
N. 1 - Avezzano Sulmona - L'Aquila, di Siram S.p.A. e della Regione
Abruzzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2010 il dott.
Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Con il ricorso epigrafato al n.431/2010 R.G, integrato da

successivo atto per motivi aggiunti, la Impreservice s.r.l. impugnava gli atti deliberativi con i quali l'Amministrazione resistente aveva indetto una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'appalto dei servizi di gestione, conduzione e manutenzione impianti termici, idrici, sanitari, di condizionamento, antincendio, gas metano di rete, depurazione acque reflue ed degli impianti elettrici ed affini nei presidi ospedalieri di Avezzano, Sulmona, Pescina, Tagliacozzo e Castel di Sangro, nonché dei presidi sanitari ed amministrativi localizzati nel territorio della soppressa Asl n.1 Avezzano/Sulmona, ed inoltre, tra gli altri, impugnava il successivo atto di aggiudicazione della gara alla controinteressata Siram s.p.a..

La ricorrente, che aveva in corso la gestione dell'appalto di conduzione e manutenzione degli impianti elettrici presso l'Ospedale Civile della Marsica con sede in Avezzano, sulla base di contratto reiteratamente prorogato, premettendo il suo interesse al ricorso fondato sul preteso diritto di continuare a svolgere il servizio sino all'espletamento della procedura di gara pubblica, come già affermato dalla sentenza TAR Abruzzo – Pescara, n.589/2009, deduceva:

1) Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 57, comma 2, lett.c) del D.lgs. 12 aprile 2006, n.163. Violazione e falsa applicazione dei principi comunitari in materia di appalti pubblici, con particolare riferimento ai principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità e par condicio fra i concorrenti. Eccesso di potere in

ogni sua figura sintomatica ed in particolare per difettosa ed erronea motivazione, contraddittorietà, travisamento ed irragionevolezza: non sussisterebbero le condizioni per darsi luogo alla procedura negoziata ex art. 57, secondo comma, lett.c) del Codice dei contratti, non essendo in alcun modo riscontrabile la richiesta estrema urgenza non imputabile alla stazione appaltante;

2) Eccesso di potere in ogni sua figura sintomatica ed in particolare per difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà, travisamento ed irragionevolezza. Violazione del principio di trasparenza, efficienza, proporzionalità ed imparzialità dell'azione amministrativa. Violazione e/o elusione del giudicato costituito dalla sentenza del TAR Abruzzo - Pescara, n.589/2009: la richiamata decisione aveva sancito il diritto della ricorrente di continuare il servizio fino al nuovo affidamento risultato dell'espletamento della procedura di gara pubblica; le censure proposte inficiavano inoltre, in via derivata, l'aggiudicazione impugnata con atto per motivi aggiunti.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso formulando anche istanza risarcitoria.

Si costituiva la ASL resistente, deducendo la piena legittimità degli atti impugnati, in ragione della estrema urgenza del nuovo affidamento determinata dall'esigenza di rispetto delle norme di sicurezza come imposte alla nuova gestione dell'Amministrazione sanitaria, recentemente oggetto di accorpamento e fusione di presidi ed uffici; da qui la dedotta non imputabilità del ritardo

nell'espletamento di pubblica gara.

Si costituiva anche la controinteressata aggiudicataria, riproponendo le deduzioni di parte resistente.

La Regione Abruzzo, da parte sua, si costituiva deducendo la propria estraneità alla questione ed evidenziando, tra l'altro, di non essere stata informata dell'indizione della gara in questione, benché di importo superiore alla soglia comunitaria.

Con Ordinanza n.329/2010, il TAR adito accoglieva la proposta istanza cautelare e fissava pubblica udienza per la decisione di merito.

Con Ordinanza n.5271/2010 il Consiglio di Stato, sez.V, confermava la decisione cautelare assunta dal TAR.

II. Con il ricorso epigrafato al n.469/2010 R.G., la Omnia Servitia a r.l., proponeva a sua volta ricorso avverso i medesimi atti di gara, deducendo il suo interesse al ricorso, fondato sulla qualità di operatore economico del settore interessato alla partecipazione ad una pubblica gara per l'affidamento dei servizi in questione, e formulando censure in larga misura analoghe a quelle proposte dalla Impreservice ricorrente nel primo ricorso.

L'Amministrazione resistente e la Siram s.p.a. svolgevano analoghe difese.

III. Le parti depositavano memorie e documentazione.

All'esito della pubblica udienza del 15 dicembre 2010, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio e pubblicava in termini il

dispositivo di sentenza.

DIRITTO

I. Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi, aventi ad oggetto l'impugnativa dei medesimi atti di gara.

II. Deve essere in primo luogo affermata la piena legittimazione a ricorrere in capo ad entrambi i ricorrenti.

II.1) La Impreservice s.r.l. propone il ricorso sia nella qualità di attuale appaltatrice di (parte dei) servizi oggetto della gara indetta, sia pure limitatamente al presidio di Avezzano (conduzione e manutenzione dei soli impianti elettrici), sia, così come del resto la Omnia Servitia, come operatore del settore, come tale interessato alla partecipazione alla pubblica gara espletanda.

II.2) In proposito il Collegio non può che richiamare quanto - del tutto condivisibilmente - affermato dalla Sezione di Pescara (nella sentenza n.589/2009, inter partes), peraltro in espressa adesione a principi giurisprudenziale consolidati, secondo cui ogni impresa operante in un determinato settore ha "un interesse tutelato a contestare anche la scelta della Pubblica amministrazione di non procedere all'indizione di una procedura di gara pubblica a tutela del principio della libera concorrenza e del criterio di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale, atteso che la mancata indizione di una procedura di evidenza pubblica lede il suo interesse sostanziale a competere, secondo pari opportunità, ai fini dell'ottenimento di commesse da aggiudicarsi secondo le prescritte procedure".

II.3) Né rileva, come assumono le difese di parte resistente e controinteressata, che le ricorrenti non possiedano i requisiti tecnici e finanziari occorrenti per partecipare alla gara, e non solo perché “l’interesse fatto valere è indirizzato a censurar(n)e la soluzione organizzativa adottata e non già a riportare l’aggiudicazione, atteso che con l’accoglimento del ricorso viene soddisfatto l’interesse strumentale tendente alla rimessa in discussione del rapporto controverso” (cfr. TAR Abruzzo - Pescara cit.), ma anche perché la eventuale carenza dei requisiti tecnici e finanziari potrà essere opposta solo allorché i detti requisiti siano stati ritualmente fissati in sede - appunto - di bando di gara, fermo restando che le ricorrenti ben potrebbero comunque partecipare alla gara in forma associata ed avvalendosi dei requisiti di imprese diverse, sempre che, ben inteso, una gara sia stata ritualmente bandita e resa pubblica.

III. Nel merito, la questione va limitata alla verifica se, nella specie, sussistessero i presupposti per attivare una procedura di gara negoziata senza previa pubblicazione del bando, così come ha ritenuto di fare la ASL, pur senza darne comunicazione alla Regione Abruzzo, come invece prescritto ai sensi dell’art. 32, comma 7 bis della L.R. n.146/1996 e s.m.i. (cfr. nota Regione del 14 ottobre 2010, in produzione di parte Regione Abruzzo).

III.1) In proposito, soccorre il disposto di cui all’art. 57 del Codice dei contratti che, al primo comma, stabilisce, quale principio generale, che si possa far ricorso alla procedura negoziata senza

previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi specificamente previste dal legislatore e purché se ne sia conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.

Il secondo comma, lett. c), prevede, a sua volta, che la procedura negoziata è consentita “nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara”, opportunamente specificandosi che “le circostanze invocate a giustificazione dell'estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti”.

III.2) Nel caso di specie, la ASL giustifica il ricorso alla procedura negoziata con la pretesa “necessità immediata di dover garantire un sistema di sicurezza sia ai malati che ai dipendenti ed ai visitatori finalizzato...a garantire la corretta assistenza sanitaria senza pericoli”.

La predetta necessità, deve nondimeno osservarsi, non costituisce affatto circostanza imprevedibile, ed al contrario si qualifica come imprescindibile dovere dell'Amministrazione istituzionalmente deputata a svolgere un servizio di pubblica utilità e necessità quale l'assistenza sanitaria, nelle forme e secondo le norme vigenti (che, per quanto riguarda la sicurezza, sono peraltro non affatto di recente introduzione).

Né tale imprevedibilità ed urgenza può, per altro verso, essere

recuperata con la pure dedotta nuova ristrutturazione dei presidi sanitari (che ha portato, tra l'altro, all'accorpamento delle preesistenti AA.SS.LL. e alla creazione dell'unica ASL L'Aquila - Avezzano - Sulmona), posto che l'obbligo di corretta funzionalità dei presidi sussisteva certamente anche in capo alle ASL ora accorpate, di cui il nuovo soggetto, risultato della fusione, è giuridicamente successore ex lege.

III. 3) Ma che le esigenze rappresentate non fossero affatto impreviste né imprevedibili risulta con tutta evidenza dal precedente contenzioso insorto tra la stessa Impreservice e la ASL Avezzano/Sulmona definito con la più volte citata sentenza TAR Abruzzo - Pescara, ove l'oggetto del contendere era il precedente tentativo della ASL Avezzano-Sulmona (dante causa dell'odierna resistente) di aggiudicare l'appalto in questione in carenza di pubblica gara alla Omnia Servitia, odierna ricorrente nel ricorso riunito n.469/2010.

Orbene, detto contenzioso è stato definito nel senso di conformare l'agire della P.A. alla regola, discendente dalla legge ma confermata dal decisum giurisprudenziale, della pubblica gara.

La decisione richiamata precisava che “ ai sensi dell'art. 57 comma 2 del Codice di contratti pubblici le circostanze di estrema urgenza, adducibili a giustificazione di una procedura negoziata senza gara, non devono essere imputabili alla stazione appaltante, con la conseguenza che se questa non si dà un'adeguata programmazione e

non decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto, non può ritenersi autorizzata a procedere a trattativa privata (così, da ultimo, Cons. St., sez.V, 11 maggio 2009, n.2882); né può affidarsi un servizio pubblico a trattativa privata e senza il previo espletamento di una gara ad evidenza pubblica facendo generico riferimento al tempo richiesto per indire una gara (Cons. St., sez.VI, 4 giugno 2009, n.3448). Il ricorso alla procedura senza pubblicazione del bando di cui all'art. 57 comma 2, lett. c) d.lgs. n.163 del 2006 trova, infatti, fondamento nella presenza di circostanze eccezionali che non consentano l'indugio degli incanti e della licitazione privata, a condizione però che l'estrema urgenza risulti da eventi imprevedibili per la stazione appaltante e non dipenda da un ritardo nell'attivazione dei procedimenti ad essa imputabile (TAR Lazio, Roma, sez.I, 18 febbraio 2009, n.1656) e solo quando l'estrema urgenza non sia compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara (TAR Piemonte, sez.I, 24 novembre 2008, n.2943). Né vi era la necessità di salvaguardare la pubblica incolumità, in quanto il servizio era svolto dalla ricorrente. Ora, con riferimento a quanto sopra esposto, sembra evidente alla Sezione che l'Azienda USL non avrebbe potuto far ricorso alla procedura negoziata in parola, ma avrebbe dovuto da tempo indire una pubblica gara, gara che, peraltro, neanche alla data odierna risulta sia stata ancora indetta".

Tenuto conto della perspicua ed esaustiva motivazione sopra

testualmente riportata, pubblicata in data 14 ottobre 2009, questo Collegio non può quindi che ribadire la rinnovata ed aggravata imputabilità del ritardo della ASL nell'espletamento di una pubblica gara, con riguardo a tutti i servizi oggetto dell'affidamento contestato, posto che il dictum giurisprudenziale non consente, in forza della sua portata conformativa, altro se non la pubblica gara, da bandirsi nei tempi più brevi consentiti.

III.4) Non può essere sottaciuto che la illegittimità riscontrata (procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara in difetto delle condizioni legittimanti tale modalità) si connota per la particolare gravità c.d. "comunitaria", espressamente da ultimo sancita dall'ordinamento interno (cfr. art. 121, c.1, lett.a) Codice del processo amministrativo) e passibile di specifico ed autonomo trattamento sanzionatorio (cfr. art. 123 Codice del processo amministrativo).

IV. Alla luce delle suesposte considerazioni i ricorsi vanno accolti con l'annullamento di tutti gli atti di gara impugnati.

V. Le spese sono regolate secondo il principio della soccombenza e poste a carico dell'Amministrazione resistente (ASL) che ha dato causa alla controversia, con compensazione quanto alle altre parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo – l'AQUILA, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe

proposti, li accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna la ASL resistente al pagamento delle spese di giudizio in favore dei ricorrenti che si liquidano in euro 2.500 (duemilacinquecento) in favore di ciascun ricorrente, oltre alla rifusione del contributo unificato; compensa per il resto.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2011

IL SEGRETARIO

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