



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 120 del 2012, proposto da:

Pulirapid S.n.c. di Antonelli Paola & C., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Trento, via Lunelli, n. 48

contro

Comune di Ala, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Germano Berteotti e Massimo Amadori e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Grazioli, n. 15

nei confronti di

Green Target di Tomasoni Lorenzo, non costituito in giudizio

per l'annullamento

- della determinazione del Segretario comunale n. 77, del 5.3.2012, e relativi allegati, della lettera di invito prot. n. 4501 del 6.3.2012 e del verbale di esame e comparazione delle offerte di data 20.3.2012, tutti relativi al confronto concorrenziale indetto dal Comune di Ala per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria delle aree a verde pubblico attrezzato per il triennio 2012-2014;

- per quanto occorrer possa, della nota prot. n. 5903 del 28.3.2012, della deliberazione della Giunta comunale n. 28 del 28.2.2012, nonché di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente e degli atti ulteriori non noti, quali l'eventuale determinazione di aggiudicazione definitiva dell'appalto e i provvedimenti, espressi o taciti, di diniego di autotutela ai sensi dell'art. 243 bis del Codice dei contratti pubblici; per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con espressa domanda di subentro; nonché per la condanna del Comune di Ala al risarcimento dei danni in forma specifica mediante annullamento dei provvedimenti impugnati, con conseguente obbligo per la stazione appaltante di procedere all'indizione di una nuova procedura di gara aperta a tutti gli operatori individuati idonei ovvero a quelli individuati tra di essi mediante criteri realmente rispettosi dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ala;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2012 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori

come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza pubblicato, ai sensi dell'art. 120, comma 9, cod. proc. amm., in data 9 novembre 2012;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione n. 28, del 28.2.2012, la Giunta comunale di Ala ha approvato gli elaborati relativi al servizio di manutenzione ordinaria delle aree comunali a verde pubblico attrezzato per il triennio 2012-2014 ed ha disposto di procedere all'affidamento del servizio - per un importo annuo pari a 25.000,00 € più IVA - mediante trattativa privata, previo confronto concorrenziale, secondo quanto previsto dalla legge provinciale 19.7.1990, n. 23, e dal relativo regolamento di attuazione approvato con D.P.G.P. 12.5.1991, n. 10-40/Leg, nonché, per quanto applicabile, dal D.Lgs. 12.4.2006, n. 163.

2. Successivamente, il Segretario comunale, con determinazione n. 77 del 5.3.2012, visto l'allegato elenco degli operatori economici operanti nel settore, ha invitato a partecipare al confronto concorrenziale 4 ditte. Solo una di esse ha presentato un'offerta.

3. Con verbale del 20.3.2012 il seggio di gara ha aperto il plico pervenuto e, esaminato il contenuto, ha aggiudicato il servizio alla ditta Green Target di Tomasoni Lorenzo, con sede a Serravalle, che ha presentato un ribasso del 4% sull'importo posto in gara.

4. L'impresa ricorrente espone di operare nel medesimo settore oggetto di gara e di essere inclusa nell'elenco allegato alla citata determinazione n. 77. Informa anche di essere già stata aggiudicataria dello stesso servizio per il triennio 2008-2010 e per l'anno 2011.

Essa, pertanto, lamentando di non essere stata invitata al confronto concorrenziale suddetto, ha impugnato la determinazione dirigenziale con la quale sono state individuate le 4 ditte invitate, la lettera d'invito e l'aggiudicazione della gara disposta in favore dell'impresa controinteressata.

5. Il ricorso è affidato al seguente articolato motivo di diritto:

- "violazione dell'art. 21 della l.p. 19.7.1990, n. 23, dell'art. 13 del D.P.G.P. 12.5.1991, n. 10-40/Leg, dell'art. 125 del Codice dei contratti pubblici; eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, par condicio dei concorrenti, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifeste".

Con l'atto introduttivo è stata anche presentata l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati.

6. Si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale intimata chiedendo la reiezione del ricorso perché infondato nel merito.

7. Con ordinanza n. 63, adottata nella camera di consiglio dell'11 maggio 2012, la predetta domanda cautelare è stata respinta.

8. La citata ordinanza è stata impugnata dalla Società ricorrente, ma la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3158, adottata nella camera di consiglio del 31 luglio 2012, ha respinto l'appello considerato che questo Tribunale aveva già fissato l'udienza di trattazione della causa nel merito.

9. In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno presentato memorie illustrative delle rispettive posizioni.

10. Alla pubblica udienza di data 8 novembre 2012 il ricorso è stato chiamato e quindi trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Con il presente ricorso la società Pulirapid di Antonelli Paola & C., avente sede a Sabbionara d'Avio, ha impugnato gli atti della procedura posta in essere dal Comune di Ala per l'affidamento, a trattativa privata, del

servizio di manutenzione ordinaria delle aree comunali a verde pubblico attrezzato per il triennio 2012-2014, sostanzialmente lamentando di non essere stata invitata a partecipare al preliminare confronto concorrenziale.

Essa ha esposto:

- di essere già stata aggiudicataria dello stesso servizio di manutenzione per il triennio 2008-2010, essendo risultata vincitrice di un confronto concorrenziale svoltosi in data 28.3.2008 (cfr., doc. n. 2 in atti della ricorrente);
- di aver svolto il medesimo servizio tramite affidamento diretto anche per l'anno 2011 (cfr., doc. n. 8 in atti dell'Amministrazione);
- di essere attualmente aggiudicataria del servizio di manutenzione della rete viaria comunale con taglio dell'erba delle banchine, pulizia tombini, raccolta acque meteoriche e taglio della vegetazione sporgente, per il triennio 2011-2013, essendo risultata vincitrice di un confronto concorrenziale svoltosi in data 5.5.2011 (cfr., doc. n. 3 in atti della ricorrente).

2. Con l'atto introduttivo la ricorrente ha censurato la scelta dell'Amministrazione che ha "*limitato a 4*" il numero degli invitati, in asserita violazione del comma 11 dell'art. 125 del Codice dei contratti pubblici, ma anche la correlata decisione che ha visto la selezione di operatori economici già invitati in precedenti gare (senza tuttavia includere anche il suo nominativo) i quali, peraltro, non avevano mai prodotto la loro offerta.

Con la memoria prodotta in data 23.10.2012 la difesa della ricorrente contesta, particolarmente, le modalità con le quali la Stazione appaltante ha operato la selezione degli invitati: 4 operatori economici già invitati a precedenti confronti (ad eccezione però della ricorrente) e non ulteriori 5 imprese presenti nell'elenco comunale finora mai invitate a presentare offerte. Inoltre, invitando soggetti che in precedenti competizioni non avevano presentato offerte, l'Amministrazione si è sottoposta al rischio, concretizzatosi, di non godere di un effettivo confronto concorrenziale dovendo affidare il servizio all'unico operatore che ha presentato un'offerta.

3. Le argomentazioni della ricorrente sono prive di pregio giuridico.

Giova innanzitutto rammentare che il confronto concorrenziale in esame trova la sua disciplina nella l.p. 19.7.1990, n. 23, sulla "Disciplina dell'attività contrattuale e dell'amministrazione dei beni della Provincia autonoma di Trento", la quale, in forza di quanto disposto dall'art. 2 bis, si applica anche all'attività contrattuale dei comuni, e nel suo regolamento di esecuzione approvato con D.P.G.P. 22.5.1991, n. 10-40/Leg.

L'art. 21 della legge citata consente alle Amministrazioni di esperire una trattativa privata quando il valore del contratto non supera una determinata soglia. In questi casi, tuttavia, il comma 5 prescrive che si debba "*far luogo ad un confronto concorrenziale tra almeno tre persone o ditte scelte discrezionalmente fra quelle indicate negli elenchi di cui all'articolo 12*" che, a sua volta, prevede la "*tenuta degli elenchi dei fornitori*".

Da ciò una prima conclusione: il numero delle ditte invitate al confronto concorrenziale di cui (4) supera il parametro minimo normativo provinciale indicato (3), non essendo invece applicabile dalla PAT il diverso numero di 5 operatori previsto nella legislazione statale dal comma 11 dell'omologo art. 125 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163: ciò ai sensi dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici. La norma citata, infatti, stabilisce che "*le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del Codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato*" (comma 1) e che le regioni, "*nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione*" (materie di legislazione esclusiva dello Stato), non possono prevedere una disciplina diversa da quella del Codice in relazione a svariate tematiche, nelle quali ha ricompreso "*le procedure di affidamento*", ma dalle quali ha espressamente escluso "*i profili di organizzazione amministrativa*" (comma 3), materia nella quale la Provincia autonoma di Trento gode di competenza legislativa esclusiva [art. 8, primo comma, n. 1) dello Statuto speciale], dovendo rispettare solo la Costituzione ed i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli

obblighi internazionali (comma 1 del novellato art. 117 della Costituzione).

Non v'è dubbio che le previsioni normative sia provinciale che statale sulla necessità dell'esperimento di un confronto concorrenziale anche per la trattativa privata è una misura strumentale ad assicurare la libera concorrenza degli operatori per un verso e, per altro ma correlato profilo, a consentire all'Amministrazione di contrattare alle condizioni più vantaggiose. Tuttavia, l'individuazione del numero minimo dei soggetti da invitare al confronto è stato discrezionalmente apprezzato dal Legislatore provinciale esercitando le sue competenze esclusive in materia di organizzazione amministrativa.

Da aggiungere a ciò che l'invocata sentenza della Corte costituzionale 12.1.2010, n. 45, non ha interessato la l.p. n. 23 del 1990 qui applicata, bensì la l.p. 10.9.1993, n. 26, in materia di lavori pubblici.

Invero, detta pronuncia ha stabilito che la Provincia di Trento, anche nell'esercizio di una competenza primaria specificamente attribuita dallo Statuto di autonomia (quale, in quel caso, la materia dei lavori pubblici di interesse provinciale, ma ciò vale anche per la materia dell'organizzazione amministrativa) deve comunque rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, *“i principi della tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie e dunque le disposizioni contenute nel Codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo”*.

Ebbene, ritiene il Collegio che la previsione legislativa provinciale che, per i partecipanti al confronto concorrenziale pregiudiziale alla conclusione di un contratto a trattativa privata, fissa una soglia numerica minima ragionevolmente congrua, seppur inferiore a quella nazionale non contrasti con i principi comunitari e azionali sulla tutela della concorrenza, tenuto conto delle peculiarità dimensionali economico-finanziarie della Provincia, ma soprattutto dei Comuni trentini e in applicazione dei non secondari principi di economicità e di proporzionalità dell'azione amministrativa.

4. Ciò chiarito, occorre ulteriormente osservare che al confronto concorrenziale in esame l'Amministrazione ha dichiarato di applicare i principi sanciti dal comma 11 dell'art. 125 del Codice dei contratti, ossia *“di trasparenza, rotazione, parità di trattamento”*. Sicché, da un elenco di 10 imprese operanti nel settore oggetto di gara - elenco in parte predisposto d'ufficio e in parte sulla base delle richieste degli interessati giunte al Comune di Ala - tutte ritenute potenzialmente idonee allo svolgimento dello specifico servizio, l'Amministrazione ha individuato 4 imprese a cui ha inviato la lettera d'invito a formulare l'offerta.

La deducente, invocando – paradossalmente – a suo favore proprio il principio di rotazione, asserisce che le 4 imprese ammesse a partecipare erano già state invitate a precedenti gare; che, tuttavia, esse hanno ricevuto questo ulteriore invito a differenza di Pulirapid la quale, in quest'occasione, non è stata invece presa in considerazione. Da ciò la lamentata violazione anche dei principi di trasparenza e di parità di trattamento.

Pure queste argomentazioni non possono essere condivise.

Innanzitutto è infondata la censura di mancato rispetto del principio di parità di trattamento: la situazione della ricorrente - che ha già espletato per quattro anni il servizio di gara e che attualmente sta svolgendo per la stessa Amministrazione il servizio di manutenzione del verde della rete viaria - non è assolutamente comparabile a quella delle imprese invitate al confronto in esame, che, per quanto risulta dagli atti del processo, non sono mai state aggiudicatarie di alcun servizio.

Quanto al principio di rotazione, occorre precisare che la sua applicazione, se pur non esclude la facoltà dell'Amministrazione di invitare a successive gare il precedente affidatario del servizio, tuttavia esso non si converte affatto nell'obbligo di chiamata del precedente aggiudicatario ad ogni riedizione della procedura comparativa (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 28.12.2011, n. 6906).

Più precisamente, sull'applicazione del principio in esame la più recente giurisprudenza amministrativa ha

affermato:

- che esso *“non collide con il principio di trasparenza, costituendo all’opposto attuazione del principio di pari opportunità tra gli operatori”* (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 30.4.2010, n. 1672);
- che detto principio *“preclude di riconoscere in capo al precedente gestore di un servizio una pretesa qualificata ad essere ulteriormente invitato alla procedura indetta per riaffidare lo stesso servizio, ovvero a conoscere le ragioni dell’omesso invito, ed impone invece di osservare il principio opposto, ovvero di motivare in modo congruo nel caso in cui si ritenga di estendergli il nuovo invito”* (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 19.11.2009, n. 2240);
- che da esso, in altri termini, discende *“il superamento del criterio che riconosceva una posizione qualificata in capo al precedente gestore nel caso di successivi affidamenti dello stesso servizio attraverso procedure negoziate, dato che lo strumento della rotazione è coerente con i principi di trasparenza e pari opportunità”,* per cui *“la scelta di non estendere l’invito all’impresa già affidataria di un precedente contratto non esige una puntuale motivazione”* (cfr., T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 30.7.2010, n. 7142);
- che 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”* (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 21.1.2011, n. 137);
- che la rotazione, se *“può essere applicata non solo ai precedenti affidatari ma anche ai soggetti che abbiano partecipato alle procedure negoziate senza conseguire l’appalto”* (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 21.1.2011, n. 137), indubbiamente ha come suo diretto e principale destinatario il precedente aggiudicatario;
- in definitiva, che il principio di rotazione *“distribuisce il confronto tra gli operatori economici su un piano intertemporale, evitando la formazione di rendite di posizione e conseguendo così un’effettiva concorrenza”* (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 19.7.2012, n. 1370).

Dall’applicazione dei riportati principi discende dunque:

- a) per un verso, che la scelta dell’Amministrazione di escludere dal nuovo confronto concorrenziale la precedente aggiudicataria del servizio, in dichiarata applicazione del principio di rotazione, resiste alle censure dedotte in ricorso;
- b) per altro profilo, che la ricorrente, già assegnataria dello stesso servizio di manutenzione del verde cittadino e attualmente affidataria di un servizio simile presso la stessa Amministrazione, non solo non può invocare a suo favore il principio di rotazione ma nemmeno denunciare un difetto di motivazione con riguardo alla mancata ricezione dell’invito per la procedura di causa.

5. Neppure torna utile alla ricorrente l’invocata giurisprudenza di questo Tribunale - in particolare le sentenze n. 55 del 2009 e n. 242 del 2010 - atteso che quelle decisioni hanno riguardato due questioni sostanzialmente differenti in punto di fatto da quella in esame, in quanto trattavasi di affidamento di un servizio a trattativa privata senza il previo esperimento del doveroso confronto concorrenziale in presenza di imprese che avevano formalmente manifestato il loro interesse a concorrere all’assegnazione di quel servizio.

Stante la rilevata infondatezza delle censure mosse da parte ricorrente, appare del tutto irrilevante la ulteriore difesa dell’Amministrazione comunale ove ha elencato le carenze e i disservizi contestati all’impresa ricorrente.

6. Le ulteriori circostanze denunciate in ricorso afferiscono alle modalità con cui si è svolto il confronto di causa: nelle precedenti gare svoltesi negli anni 2008 e 2011 era stato invitato un numero maggiore di imprese (rispettivamente 9 e 6); l’invito è stato rivolto a ditte che nelle due precedenti gare non avevano presentato la loro offerta, offerta che non hanno prodotto nemmeno nell’occasione di causa, cosicché il servizio è stato affidato

all'unico offerente alterando l'effettivo confronto concorrenziale; non sono state esperite procedure di sorteggio per la scelta delle imprese da invitare; 5 delle imprese inserite nell'elenco dei fornitori non sono state inviate a presentare la loro proposta.

Esse si presentano in parte quali mere illazioni, non in grado di inficiare giuridicamente la correttezza della procedura in esame, e, per altra parte, sfornite di un interesse proprio correlato ad una conseguibile utilità concreta. Tutte le riportate censure, comunque, sono inammissibili.

Devesi, in proposito, fare applicazione dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato secondo la quale, in difetto dei requisiti per la partecipazione ad una procedura pubblica, occorre rilevare la carenza sia della legittimazione che dell'interesse a denunciare le modalità di espletamento di quella procedura. L'annullamento dei relativi atti, infatti, non permetterebbe al ricorrente di ottenere alcuna utilità (cfr., sentenza 7.4.2011, n. 4).

Si deve pertanto affermare che l'accertata legittimità della scelta dell'Amministrazione di non invitare alla gara de qua la deducente impresa Pulirapid preclude ad essa definitivamente ogni ulteriore deduzione su quella procedura, la sua posizione essendo ormai configurabile come puro interesse di fatto, del tutto privo di rilevanza e di tutela giuridica.

7. Conclusivamente, per quanto sopra esposto, il ricorso è in parte infondato e in parte inammissibile e, conclusivamente, deve essere pertanto respinto, congiuntamente all'accessoria domanda di risarcimento del danno.

8. Le spese di lite, in applicazione della regola della soccombenza, devono porsi a carico della parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 120 del 2012

lo respinge.

Condanna la Società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio a favore del Comune di Ala, che liquida complessivamente in € 3.000,00 (tremila), oltre a I.V.A. e C.N.P.A.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2012

IL SEGRETARIO

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

