



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2522 del 2012, proposto da:

Traversa Calcestruzzi e Strade S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Napoli, Giancarlo Tanzarella ed Elena Tanzarella, con domicilio eletto presso il secondo in Milano, piazza Velasca, 5

contro

Provincia di Pavia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Serena Filippi Filippi, Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio eletto presso il primo in Milano, via Cerva, 20

nei confronti di

Cerutti Costruzioni Srl, I.C.E.S. Impresa Costruzioni Edili Srl

per l'annullamento

del determinazione dirigenziale 26 settembre 2012 n. 001440 con cui la provincia di Pavia ha provveduto alla aggiudicazione a seguito di procedura negoziata dei lavori di "manutenzione straordinaria della rete stradale provinciale - ex ss.ss diverse anno 2012 – zona oltrepo 2» e di ogni altro atto o provvedimento alla stessa preordinato, conseguente o comunque connesso, ivi espressamente inclusi: la determinazione dirigenziale a contrarre in data 2 agosto 2012 n. 193, il provvedimento di approvazione dell'elenco delle ditte da invitare, il verbale delle operazioni in data 5 settembre 2012 e con essi ogni altro atto o provvedimento con cui dovesse essere stato anteriormente disposto il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Pavia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe l'Impresa Traversa Calcestruzzi lamenta di non essere stata inviata alla procedura negoziata senza bando indetta dalla Provincia di Pavia per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione straordinaria della rete stradale provinciale - ex ss.ss diverse anno 2012 – zona Oltrepò 2.

Secondo la ricorrente, infatti, nonostante l'appalto in questione rientrasse nella soglia di valore entro cui, ai sensi dell'art. 122 del D.lgs. 163 del 2006, è consentito il ricorso alla predetta modalità di aggiudicazione, la Provincia di Pavia avrebbe, comunque, dovuto dare notizia della procedura mediante in bando al fine di rispettare i principi comunitari di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

L'amministrazione, inoltre, non avrebbe applicato il principio di rotazione invitando taluni operatori a partecipare a più di una gara e non avrebbe reso palesi i criteri con cui le imprese invitate sono state selezionate.

Costituendosi nel ricorso come sopra proposto la Provincia di Pavia ha affermato di aver assunto le informazioni previste dall'art. 57, comma 6 del D.lgs. 163 del 2006 attraverso una ricognizione degli operatori in possesso delle certificazioni SOA necessarie per eseguire l'appalto presenti nella banca dati della AVCP, non disponendo essa di elenchi aperti di imprese che abbiano previamente manifestato la loro disponibilità.

La scelta fra le imprese presenti nell'elenco della Autorità di Vigilanza sarebbe avvenuta, tenendo conto della "distanza dai cantieri", onde evitare lunghi tempi di trasporto del bitume, del grado di soddisfazione ottenuto nel corso di precedenti rapporti contrattuali e aggiungendo alcune imprese esterne ai confini provinciali al fine di assicurare una più ampia concorrenzialità nell'espletamento della procedura.

Il Collegio non ritiene, tuttavia, che le spiegazioni offerte dalla Provincia di Pavia siano sufficienti a rassicurare circa il rispetto da parte della stessa dei principi di concorrenzialità e trasparenza a cui l'attività di prequalificazione delle imprese da invitare alla procedura negoziata deve conformarsi.

E' vero, infatti che il comma 7 dell'art. 122 del D.lgs. 163 del 2006 consente l'affidamento mediante procedura negoziata ad inviti, senza previo bando, degli appalti ricadenti sotto una certa soglia di valore.

Tuttavia, ciò non significa che, in tali casi, la scelta delle imprese da invitare ricada nell'ambito di una insindacabile discrezionalità dell'amministrazione. Infatti, il citato comma 7 dell'art. 122, in relazione ai criteri di scelta delle imprese da invitare, rinvia al comma 6 dell'art. 57 a mente del quale le stazioni appaltanti devono effettuare a tal fine una accurata ricognizione del mercato, assumendo informazioni circa le caratteristiche di qualificazione economico – finanziaria e tecnico - organizzativa delle imprese che avrebbero i requisiti per eseguire i lavori, e procedere alla loro selezione utilizzando criteri trasparenti che consentano a turno a tutte le imprese interessate di accedere alle commesse di volta in volta approvate.

Ciò comporta che, ove la stazione appaltante non voglia pubblicare un avviso o non disponga di propri elenchi aperti di imprese da invitare a rotazione, deve, in ogni caso, predeterminare ex ante precisi criteri di ricognizione del mercato e selezione delle imprese che potenzialmente potrebbero essere interessate all'appalto, tenendo conto del principio di rotazione.

Nel caso si specie la Provincia di Pavia non si è data alcun indirizzo per la selezione delle imprese da invitare, esponendo solo ex post, nelle difese svolte in giudizio, i criteri che avrebbero orientato le sue scelte.

Si tratta, peraltro, di parametri del tutto generici che non gettano luce sulle ragioni per cui alcune delle imprese presenti nella banca dati dell'AVCP siano state invitate a differenze di altre ed anzi fanno insorgere fondati dubbi sulla rispondenza dell'operato della stazione appaltante ai principi di ragionevolezza e concorrenzialità.

Non si comprende, infatti, se e come sia stato applicato il criterio della rotazione (alcune imprese sono, infatti, state invitate a più procedure riguardanti i diversi lotti in cui si articola l'appalto).

Non appare, inoltre, ragionevole che alcune ditte siano state escluse dagli inviti sulla base di un non meglio precisato giudizio relativo alle precedenti esperienze contrattuali.

Appare, infine, in contrasto con il principio comunitario di non discriminazione, l'aver selezionato le imprese che abbiano una sede più vicina al cantiere, posto che, come più volte affermato dalla giurisprudenza comunitaria ed interna, la presenza di una sede operativa vicina al cantiere può formare oggetto di una prescrizione contrattuale, ma non può essere un criterio di selezione, ostandovi il principio della libertà di stabilimento.

Pur essendo fondata la prospettata censura il Collegio ritiene che nel caso di specie non possa essere pronunciata l'inefficacia del contratto, essendo stato lo stesso interamente eseguito (come affermato senza contestazioni da parte della Provincia).

A tal fine occorre precisare che solo nei casi previsti dall'art. 121 c.p.a. il giudice può attribuire alla pronuncia di inefficacia portata retroattiva, mentre nelle ipotesi previste dall'art. 122 la privazione di effetti del contratto può essere solo posticipata rispetto alla pronuncia.

La fattispecie in esame, non può, tuttavia, inquadrarsi nell'ambito delle gravi violazioni previste dall'art. 121 c.p.a. poiché pur essendo stato violato il principio di trasparenza e pur risultando alterate le dinamiche della concorrenza, il comportamento dell'Amministrazione non integra alcuna delle violazioni gravi stabilite dalla predetta norma alle quali deve essere attribuita natura tassativa, costituendo esse illeciti passibili di sanzioni amministrative.

La norma applicabile risulta, quindi, l'art. 122 c.p.a. nell'ambito del quale la dichiarazione di inefficacia del contratto non ha una valenza sanzionatoria, ma costituisce una misura di tutela della posizione soggettiva del ricorrente che può essere adottata solo nei casi in cui per esso risulti utile e possibile il subentro nel contratto o la ripetizione della gara.

Ove ciò non sia possibile nemmeno l'annullamento della aggiudicazione può essere pronunciato perché rispetto ad una mera pronuncia demolitoria, a cui non può far seguito alcun effetto conformativo dell'azione amministrativa, il ricorrente non può vantare alcun interesse.

La tutela a cui la ricorrente potrebbe aspirare è, quindi, soltanto quella risarcitoria.

In proposito il Collegio deve, però, rilevare che la domanda a tal fine proposta dalla Traversa Costruzioni è totalmente sfornita di elementi attinenti alla prova del danno sia nell'an che nel quantum e deve, perciò, essere respinta.

Il ricorso deve, quindi, essere dichiarato improcedibile con riguardo alle domande di annullamento e dichiarazione di inefficacia del contratto e infondato con riguardo a quella risarcitoria.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I di Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte improcedibile e in altra infondato ai sensi di cui in motivazione. Compensa le spese di lite.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/12/2012

IL SEGRETARIO

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