



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' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 513 del 2014, proposto da:
Igpdecaux s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Giulia Migliorini e
Marco Napoli, con domicilio eletto presso Giulia Migliorini, in
Perugia, corso Vannucci n. 30;

contro

Minimetro' s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Alarico Mariani
Marini, con domicilio eletto presso Alarico Mariani Marini, in Perugia,
via Mario Angeloni, 80/B;

nei confronti di

Eventuno s.r.l., Comune di Perugia;

per l'annullamento

previa sospensione

- della nota inviata a mezzo PEC il 25 giugno 2014 (doc. 1), con la
quale Minimetro' s.p.a. ha respinto le richieste che IGPDecaux s.p.a.
aveva presentato (la prima il 14 giugno 2012, la seconda l' 11 giugno

2014; docc. 2 e 3) per essere invitata a partecipare alla gara indetta dalla stessa Minimetrò s.p.a. per “l’affidamento in concessione del servizio di gestione degli spazi pubblicitari del Minimetrò di Perugia”;

- del Regolamento interno per gli acquisti di Minimetrò (non scaricabile dal sito della società intimata e, dunque, dal contenuto ignoto), ove interpretato nel senso di consentire di invitare alle proprie procedure di gara solo ed esclusivamente “aziende locali”;
- di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso al primo, ivi incluso quello anch’esso allo stato ignoto, con il quale Minimetrò ha aggiudicato all’operatore locale prescelto la gestione degli spazi pubblicitari in questione;

nonché per la condanna dell’odierna intimata al risarcimento in forma specifica o comunque per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Minimetro' s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2014 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe la IGPDecaux s.p.a. impugna gli atti della procedura negoziata indetta da Minimetrò s.p.a. per “l’affidamento in

concessione del servizio di gestione degli spazi pubblicitari del Minimetron di Perugia” e, segnatamente, il rigetto della richiesta di invito a partecipare alla gara ufficiosa ed il provvedimento di aggiudicazione, unitamente al Regolamento interno per gli acquisti di Minimetron, ove interpretato nel senso di consentire di invitare alle proprie procedure di gara solo ed esclusivamente “aziende locali”.

A sostegno dell’impugnativa deduce censure così riassumibili:

I. Violazione dei principi di libera concorrenza, dell’art. 2 del D.lgs 163/2006: la stazione appaltante, quale società a maggioranza pubblica affidataria della gestione del servizio di trasporto pubblico, avrebbe dovuto procedere all’affidamento di gestione degli spazi pubblici mediante evidenza pubblica, trattandosi di concessione di pubblico servizio;

II. Eccesso di potere per travisamento, assoluto difetto di motivazione circa le ragioni del mancato invito della ricorrente alla procedura, grave carenza di istruttoria, sviamento: sarebbe del tutto illegittimo il mancato invito nonostante la richiesta da essa formulata alla Minimetro s.p.a. “a procedimento di affidamento ancora in corso”, dal momento poi che la ricorrente sarebbe stata invitata in occasione di precedente affidamento a presentare offerta.

Chiede inoltre la condanna dell’odierna intimata al risarcimento in forma specifica o comunque per equivalente economico.

Si è costituita la Minimetron s.p.a., eccependo l’infondatezza di tutte le censure *ex adverso* dedotte evidenziando in particolare:

- la previsione dell’affidamento con procedura negoziata senza

pubblicazione di un bando sarebbe attuativa di proprio Regolamento interno per gli affidamenti sotto soglia comunitaria, depositato in giudizio, oltre che dalla previsione legislativa dell'art. 238 c. 7 del Codice contratti pubblici;

- la spedizione e ricezione della richiesta di invito formulata da IGPDcaux s.p.a. soltanto successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

- l'intervenuta stipulazione del contratto con la società Eventuno s.r.l.;

- la gestione di spazi pubblicitari non costituirebbe attività inerente la concessione comunale del trasporto pubblico e come tale non sarebbe soggetta alla corrispondente disciplina pubblicitaria;

- l'inammissibilità per carenza di interesse dell'intero gravame, in quanto l'eventuale accoglimento non potrebbe determinare l'ammissione della ricorrente.

Alla camera di consiglio del 10 settembre 2014 la domanda cautelare è stata "abbinata" al merito.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 19 novembre 2014, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

2. E' materia del contendere la legittimità dei provvedimenti inerenti gli atti della procedura negoziata indetta da Minimetrò s.p.a. - società a maggioranza pubblica concessionaria dal Comune di Perugia del servizio di trasporto pubblico locale - per "l'affidamento in concessione del servizio di gestione degli spazi pubblicitari del Minimetrò di Perugia" e, segnatamente, del rigetto della richiesta di

invito a partecipare alla gara ufficiosa e, in via derivata, del provvedimento di aggiudicazione in favore della società Eventuno s.r.l..

2.1. Giova anzitutto evidenziare come con il ricorso introduttivo la società deducente non muova specifiche censure avverso la scelta operata a monte da Minimetrò s.p.a. di procedere all'affidamento del servizio *de quo* mediante procedura negoziata senza bando di gara, ai sensi dell'art. 238 c. 7 del Codice contratti pubblici ed in applicazione dell'art. 22 del Regolamento interno (pur formalmente impugnato) limitandosi a contestare le modalità con cui tale affidamento si è svolto, ristretto, a suo dire, a soli tre operatori locali.

Anche a seguito del deposito in giudizio da parte della resistente (in data 7 ottobre 2014) la società istante non allega puntuali doglianze in merito alla previsione regolamentare interna (art. 22) che consente di procedere per l'affidamento sotto soglia *de quo* mediante gara ufficiosa con interpellato di almeno tre operatori economici in possesso dei requisiti di idoneità morale.

Stante la genericità della censura ed il carattere attuativo del procedimento in contestazione, non è pertanto possibile esaminare la conformità dell'art. 22 del Regolamento interno di Minimetrò s.p.a. ai principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione richiamati dall'art. 2 del D.lgs 163/2006, dovendosi il principio di disapplicazione dei Regolamenti illegittimi comunque coordinare con il principio dispositivo (Consiglio di Stato sez. VI, 5 dicembre 2012, n.6657; id. 12 aprile 2000, n. 2183) che conforma

anche il Codice del processo amministrativo quantomeno in tutti i casi nei quali sono nella piena disponibilità della parte gli elementi atti a sostenere la fondatezza della domanda giudiziale (*ex multis* T.A.R. Campania Napoli sez. IV, 4 giugno 2014, n. 3043).

Ciò premesso, trattasi comunque di previsione del tutto conforme anche al paradigma normativo di cui all'art. 125 del Codice dei contratti pubblici, applicabile quantomeno per i principi anche agli affidamenti di servizi pubblici (Consiglio di Stato sez. V, 8 marzo 2005, n.954) anche a voler ritenere - come sostiene la difesa della ricorrente - che la gestione degli spazi pubblicitari costituisca attività inerente la concessione comunale del trasporto pubblico.

2.2. Va poi precisato in punto di fatto che la ricorrente ha formulato domanda di invito a partecipare alla gara ufficiosa in questione soltanto l'11 giugno 2014 ovvero dopo la scadenza del termine per la ricezione delle offerte stabilito (nella lettera di invito) da Minimetron nel 6 giugno 2014.

3. Ciò doverosamente premesso, il ricorso è inammissibile ex art. 35 comma 1 lett. b) cod. proc. amm. per difetto di legittimazione, non risultando la ricorrente in posizione sufficientemente qualificata e differenziata al fine del sindacare la legittimità del potere discrezionale di scelta dei soggetti da invitare nell'ambito di una gara ufficiosa.

3.1. Sostiene la ricorrente che la possibilità di ricorrere a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando non comporti che la scelta delle imprese da invitare ricada nell'ambito di una insindacabile discrezionalità, dovendosi invece effettuare una accurata ricognizione

di mercato degli operatori economici potenzialmente interessati, all'uopo richiamando pertinente giurisprudenza (T.A.R. Lombardia - Milano sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2941).

3.2. Secondo un diffuso orientamento giurisprudenziale, maturato con riguardo al cottimo fiduciario di cui all'articolo 125 comma 11 del Codice dei contratti (che contempla un'ipotesi del tutto simile a quella di cui all'articolo 57, comma 6, del Codice), non sussiste, in linea di principio, in capo alla stazione appaltante un generale obbligo di invitare tutte le imprese che ne facciano richiesta o che siano nella condizione di poter legittimamente aspirare ad essere consultate (T.A.R. Lazio - Roma sez. II, 17 febbraio 2014, n. 1869; cfr. anche Consiglio di Stato sez. III, 12 settembre 2014, n. 4661).

Coerentemente con tale principio, viene altresì tendenzialmente esclusa la sussistenza di un siffatto obbligo persino nei confronti del precedente gestore o esecutore c.d. uscente, anche a tutela del fondamentale principio di rotazione (Consiglio di Stato sez. III, 12 settembre 2014, n. 4661 pur evidenziandosi che ove il criterio di aggiudicazione sia individuato nel prezzo più basso e siano invitate numerose ditte, non avrebbe ragion d'essere il mancato invito) e relegandosi tale pretesa ad aspettativa di fatto (T.A.R. Trentino Alto Adige 21 novembre 2012, n.339). Ancora, parte della giurisprudenza esclude la sussistenza di una posizione qualificata persino in presenza di clausola contrattuale di rinnovo espresso (T.A.R. Lombardia - Milano sez. III 13 aprile 2004 n. 1451; T.A.R. Sicilia - Catania sez. III, 2 luglio 2007, n.1155).

3.3. Dagli atti depositati in giudizio emerge che Minimetrò s.p.a., non disponendo di un proprio albo fornitori, ha interpellato previa indagine di mercato almeno tre operatori del settore ritenuti idonei, a nulla rilevando di per sé sola la circostanza dell'appartenenza al mercato locale, risultando soddisfatto il precetto normativo regolamentare interno (artt. 8 e 22) oltre che i principi legislativi in materia di affidamenti in economia, caratterizzati da un bilanciamento tra i principi concorrenziali con quello di economicità ovvero di semplificazione procedimentale (cfr. art. 331 del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207).

3.4. Deve pertanto escludersi nella fattispecie la sussistenza di un obbligo di invitare la società istante, non risultando Minimetrò s.p.a. vincolata all'osservanza delle medesime modalità di interpello del mercato osservate in precedente occasione.

3.5. Tanto premesso, secondo il principio del c.d. autovincolo, una volta che l'Amministrazione abbia fissato con propri atti determinate modalità di svolgimento del procedimento concorsuale ne è tenuta al più stretto rispetto, a tutela della *par condicio* e dell'affidamento dei concorrenti (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. III, 6 giugno 2013, n.5625) sì che anche il termine perentorio stabilito nella lettera di invito a gara ufficiosa per la presentazione delle offerte non può essere derogato, fatto salvo il ricorso al potere di proroga o di autotutela.

La ricorrente, come visto, non si trova nella posizione di gestore uscente bensì in quella (del tutto diversa) di operatore economico

dello specifico settore che nel 2012, nel corso di precedente gara ufficiosa, aveva comunicato all'odierna resistente la rinuncia alla presentazione dell'offerta richiesta (vedi nota del 14 giugno 2012 depositata in giudizio) pur con l'auspicio di essere reinvitata in occasione di futuri affidamenti.

3.6. Stando così le cose ne consegue il difetto di legittimazione della IGPDecaux s.p.a. dal momento che la posizione di semplice operatore precedentemente invitato a pregressa gara ufficiosa, pur inerente lo stesso servizio, non risulta sufficientemente qualificata e differenziata al fine della contestazione in sede giurisdizionale del potere ampiamente discrezionale di scelta dei soggetti da invitare, avendo la stessa peraltro in precedenza rifiutato di presentare offerta ed espresso l'eventuale interesse a partecipare a future gare.

3.7. Di contro, ai fini della legittimazione ad impugnare gli atti di una procedura negoziata mediante gara ufficiosa è del tutto insufficiente la domanda di invito fatta pervenire alla stazione appaltante dopo la scadenza del termine perentorio di ricezione delle offerte stabilito nella *lex specialis*, per evidenti ragioni di tutela della *par condicio* e di non aggravio di un procedimento di gara di tipo semplificato, tenendo presente che, per giurisprudenza consolidata, l'impresa che non ha partecipato alla gara - o che ne è stata legittimamente esclusa - non ha alcuna legittimazione e/o interesse all'annullamento degli atti (*ex multis* Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n.4) risultando rapportabile al "*quisque de populo*", portatore di un interesse di mero fatto che non può ricevere tutela giuridica.

3.8. Ne consegue, pertanto, il difetto di legittimazione della ricorrente, risultando la pretesa ad essere invitata alla gara ufficiosa indetta dall'odierna resistente del tutto sfornita di tutela, alla stregua di una aspettativa generica o di fatto, a fronte dell'ampia discrezionalità dell'Amministrazione in *subiecta materia*.

4. Per i suesposti motivi il ricorso è inammissibile ai sensi dell'art. 35 c. 1 lett. b) cod. proc. amm. per difetto di legittimazione.

Le spese seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore di Minimetrò s.p.a. in misura di 2.000,00 euro, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2015

IL SEGRETARIO

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