

La negoziazione con tutti gli offerenti costituisce un elemento essenziale della procedura negoziata

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La disciplina della procedura negoziata, dettata dal d.lgs. n. 163 del 2006, presuppone che si svolga una negoziazione che non può essere riservata al solo concorrente che abbia proposto, sin dall'inizio, il prezzo più basso, ma deve svolgersi tra l'ente aggiudicatore e i vari concorrenti al fine di arrivare alla scelta del prezzo più conveniente per la fornitura del servizio. Il comma 40 dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, definisce invero le procedure negoziate come «le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto»; va altresì ricordato che il successivo art. 226 stabilisce che «nel caso ... delle procedure negoziate ... gli enti aggiudicatori invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare».

Il Tar Lombardia, Milano, con la sentenza numero 8 dell'11 gennaio 2007, in tema di procedura negoziata, ci insegna che:

< La negoziazione con tutti gli offerenti costituisce quindi, un elemento essenziale della procedura negoziata; al riguardo è opportuno precisare che, poiché il richiamato comma 40 dell'art. 3, usa l'espressione «negozano con uno o più di essi...», è anche possibile che la negoziazione avvenga con uno solo degli offerenti, ma ciò può avvenire solo quando una simile possibilità sia stata espressamente prevista nel bando.

Occorre invero non dimenticare che la nuova disciplina della procedura negoziata, che ha sostituito la vecchia trattativa privata, intende assicurare il rispetto dei principi generali in tema di economicità, trasparenza, par condicio, correttezza e massima apertura ad una effettiva concorrenza che improntano ormai tutta la contrattualistica pubblica.

Con la nuova disciplina, infatti, si è voluto evitare proprio quel fenomeno, purtroppo diffuso e giustificato con le più svariate motivazioni, di una contrattazione singola dell'ente aggiudicatore con un solo soggetto, che - tranne casi eccezionali - violava apertamente i ricordati principi di trasparenza, par condicio, correttezza e massima apertura ad una effettiva concorrenza.>

Ma vi è di più

< Sulla base di siffatte considerazioni, va inoltre ricordato che sia il bando, sia il Capitolato non fornivano alcuna indicazione sui contenuti né sulle modalità della negoziazione, né indicavano alcunché in ordine ai termini e tempi dell'invito a negoziare ma - soprattutto - non manifestavano l'intenzione di trattare solo con chi avesse presentato l'offerta più bassa, circostanza questa che non poteva non essere interpretata se non come manifestazione dell'intenzione di Poste di seguire la regola generale che per l'appunto richiede la consultazione degli altri concorrenti.>

Né - è appena il caso di accennarlo - una simile intenzione poteva essere ricavata dal fatto che, sin dall'inizio, che il bando e il Capitolato richiedevano la formulazione di una offerta; tale elemento non appare, invero, di per se sufficiente, ad esprimere la volontà di trattare con uno solo degli offerenti, potendo anche essere inteso come necessità di conoscere il possibile andamento del mercato, al fine di predisporre la controfferta da formulare in sede di negoziazione>

Quindi:

< Nella specie è quindi mancata la consultazione prevista dal comma 40 dell'art. 3 e, quand'anche si volesse equiparare la consultazione alla richiesta di formulazione dell'offerta, è, in ogni caso mancata la negoziazione con gli altri concorrenti>

A cura di *****

Sentenza n. 8 depositata l'11.1.2007

REPUBBLICA
ITALIANA TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA LOMBARDIA
MILANO I SEZIONE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Ex Art. 26, IV co. della L. 6.12.1971 n. 1034

Sul ricorso n.
3005/2006 proposto da:

*** - *** LOGISTICA EUROPA S.P.A.

contro

POSTE ITALIANE S.P.A.

e nei confronti di

*** AIRPORT S.P.A.

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento - di cui alla comunicazione via fax in data 16.11.2006 - dagli estremi non conosciuti, con il quale Poste Italiane S.p.a., Purchasing - Acquisti Tecnologici e di Logistica, all'esito della procedura negoziata indetta con bando di gara inviato all'Ufficio Pubblicazioni Ufficiali della Comunità Europea il 20 luglio 2006, ha aggiudicato il servizio di handling aeroportuale di posta in partenza e in arrivo nell'aeroporto internazionale di Milano *** alla società *** Airport S.p.a., assegnando ad essa ricorrente il secondo posto nella graduatoria; nonché di ogni altro atto ad essa comunque presupposto, connesso e/o consequenziale, e in particolare del bando di gara del capitolato speciale d'oneri e dei relativi allegati;

nonché

per l'esecuzione in forma specifica e/o il risarcimento del danno ex art. 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, anche attraverso la declaratoria di nullità e/o di sopravvenuta inefficacia, e/o caducazione automatica del contratto conseguente ai provvedimenti quivi impugnati, qualora nel frattempo stipulato tra le parti

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e della controinteressata;

Udito nella Camera di Consiglio del 20 dicembre 2006 il relatore ***** e e uditi altresì i difensori presenti delle parti come da verbale

Ritenuto che sussistono le condizioni richieste per la definizione del ricorso nelle forme di sentenza breve;

FATTO

Con bando di gara inviato all'Ufficio Pubblicazioni Ufficiali della Comunità Europea il 20 luglio 2006 e pubblicato sulla G.U.R.I. - parte II n. 173 del 27 luglio 2006 e sulla G.U.C.E. S/140 del 26 luglio 2006, Poste Italiane S.p.A., (di seguito "Poste"), ha indetto una "Procedura negoziata" (punto "IV.1.1. Tipo di procedura") per l'affidamento del "Servizio di handling aeroportuale di posta (corrispondenza e pacchi) in partenza e arrivo da svolgersi nell'Aeroporto internazionale di Milano-***" per il periodo di "un anno dalla data della stipula, con facoltà di rinnovo di anno in anno per ulteriori due anni".

Il bando, non forniva ulteriori indicazioni in ordine alle modalità e ai contenuti della negoziazione, ma precisava che non vi era stata alcuna previa selezione dei candidati e fissava quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso (punto IV.2.1).

Il Capitolato speciale d'oneri specificava a sua volta al punto 11 pag. 10 (rubricato "Aggiudicazione"), che "L'aggiudicazione avverrà secondo la disciplina del D.Lgs. 163/2006, mediante procedura negoziata (art. 220 e art. 82, punto 2 lettera a), in favore dell'Impresa che avrà presentato l'offerta annua complessiva più bassa in relazione alle attività di cui al precedente punto 5, lettere A), B) e C)", così identificate: "A) ***** trattata (corrispondenza/pacchi) B) Attività di controllo x-ray C) Pacchi ed EMS non containerizzati".

Il medesimo Capitolato, al successivo punto 12 ("Richieste di chiarimenti") disponeva peraltro che "Eventuali richieste di chiarimenti dovranno pervenire almeno 10 (dieci) giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle domande di partecipazione/offerte di cui al precedente punto 8 ..." (il termine ad quem per la presentazione delle offerte era l'11 settembre 2006).

Intendendo partecipare a tale gara, *** - *** Logistica Europa S.p.a. (di seguito ***) con lettera prot. n.

316 del 31 agosto 2006, chiedeva a Poste: “con riferimento al paragrafo 11 del Capitolato Speciale d’Oneri ... di precisare, laddove detto «in favore dell’impresa che avrà presentato l’offerta annua complessiva più bassa», se la negoziazione avverrà con la sola impresa che abbia presentato sin dall’inizio l’offerta economica più bassa ovvero se l’offerta complessiva più bassa sarà individuata attraverso negoziazione con tutti i concorrenti che abbiano presentato offerta”.

Tale richiesta, peraltro non aveva alcun esito.

Di conseguenza, in data 8 settembre 2006, *** ha presentato, in piena conformità alla lex specialis di gara, la propria offerta per lo svolgimento del servizio oggetto dell’affidamento,

In data 16 novembre 2006 *** riceveva a mezzo fax la comunicazione da parte di Poste “che il servizio è stato aggiudicato alla *****à *** Airport S.p.A. e che *****à è risultata seconda in graduatoria”.

In relazione a tale comunicazione, ***, presentava istanza di accesso, ex art. 22 l. 7 agosto 1990 n. 241, a tutti gli atti e documenti relativi alla gara, Anche tale istanza rimaneva senza seguito. In pari data *** diffidava Poste dal procedere all’aggiudicazione definitiva (ove ancora non intervenuta) ed alla stipula del

contratto per l'affidamento del servizio de quo.

In data 6 dicembre 2006, *** ha proposto ricorso per l'annullamento del provvedimenti di aggiudicazione del servizio di handling aeroportuale di posta in partenza e in arrivo nell'aeroporto internazionale di Milano *** alla società *** Airport S.p.A., deducendo le seguenti censure.

I Motivo: Violazione e falsa applicazione degli artt. 220, 224, comma 1, lett. c), 226, comma 1 e comma 4, 227 comma 3 del d.lgs 163/2006, e, ob relationem, degli artt. 40, 42, 47 della direttiva 17/2004. Eccesso di potere per perplessità, contraddittorietà con precedenti atti e determinazioni. eccesso di potere per sviamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del d.lgs. 163/2006, violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza e correttezza.

II Motivo: Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 40 e ob relationem, dell'art. 220 del d.lgs. 163/2006. Violazione del principio di trasparenza, di economicità e di efficacia.

Violazione del principio dell'affidamento, e del canone di buona fede e diligenza. Eccesso di potere per sviamento, per perplessità.

II Motivo: Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 163 del 2006 e dei principi di buon andamento e buona fede contrattuale in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del Capitolato d'onori, nonché dell'art. 226 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per sviamento.

Si è costituita in giudizio Poste Italiane S.p.A, contestando la fondatezza delle argomentazioni dedotte

dalla ricorrente, chiedendo il rigetto sia del provvedimento cautelare che del ricorso stesso.

Si è costituita in giudizio anche la controparte che ha, in rito eccepito la tardività del ricorso e, nel merito, ne ha chiesto il rigetto.

Nella Camera di consiglio del 20 dicembre 2006, sussistendo i presupposti per la pronuncia di una sentenza ex art. 26, comma quarto, legge 6 dicembre 1971, n. 1034, con l'assenso delle parti, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame ***, contesta che la resistente Poste, non procedendo alla negoziazione con tutti gli offerenti, abbia violato la disciplina della normativa negoziata, arrivando a porre in essere una procedura anomala, tipica della cd. procedura aperta.

Secondo Poste, tale assunto sarebbe errato, in quanto essa - dopo aver ricevuto le offerte - avrebbe espletato una prima fase della procedura, consistente nella verifica dei documenti e delle dichiarazioni, prodotte dai concorrenti e nell'apertura delle offerte, e, in seconda battuta, effettuato la negoziazione diretta con il concorrente che aveva presentato l'offerta più bassa (1'*** Airport S.p.A.) al fine di ottenere - così come ha ottenuto - condizioni migliorative. Terminata anche tale seconda fase, e verificato il possesso dei requisiti richiesti del bando, ha aggiudicato l'appalto all'*** Airport S.p.A.

La tesi della resistente non conduce alla conclusione desiderata, anzi è proprio la ricostruzione dei fatti, operata dalla resistente, che dimostra la fondatezza delle censure proposte col ricorso.

Va, infatti, precisato che sia il bando, sia il Capitolato parlavano espressamente di procedura negoziata. Circostanza questa che - confermata dalla resistente - di per sé fa cadere l'eccezione proposta dalla controinteressata secondo la quale sarebbe stata necessaria un'impugnazione dello stesso bando, che non essendo mai avvenuta, precluderebbe oggi l'esame delle censure proposte dalla ***.

Sotto tale profilo va infatti precisato che la *** non deduce l'errata qualificazione della gara (che la stessa ***** riconosce essere una procedura negoziata), ma censura il procedimento seguito che avrebbe finito con il confondere procedura negoziata con procedura aperta.

Nel merito si deve ricordare che la disciplina della procedura negoziata, dettata dal d.lgs. n. 163 del 2006, presuppone che si svolga una negoziazione che non può essere riservata al solo concorrente che abbia proposto, sin dall'inizio, il prezzo più basso, ma deve svolgersi tra l'ente aggiudicatore e i vari concorrenti al fine di arrivare alla scelta del prezzo più conveniente per la fornitura del servizio. Il comma 40 dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, definisce invero le procedure negoziate come «le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto»; va altresì ricordato che il successivo art. 226 stabilisce che «nel caso ... delle procedure negoziate ... gli enti aggiudicatori invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare».

La negoziazione con tutti gli offerenti costituisce quindi, un elemento essenziale della procedura negoziata; al riguardo è opportuno precisare che, poiché il richiamato comma 40 dell'art. 3, usa l'espressione «negoziando con uno o più di essi...», è anche possibile che la negoziazione avvenga con uno solo degli offerenti, ma ciò può avvenire solo quando una simile possibilità sia stata espressamente prevista nel bando. Occorre invero non dimenticare che la nuova disciplina della procedura negoziata, che ha sostituito la vecchia trattativa privata, intende assicurare il rispetto dei principi generali in tema di economicità, trasparenza, par condicio, correttezza e massima apertura ad una effettiva concorrenza che improntano ormai tutta la contrattualistica pubblica. Con la nuova disciplina, infatti, si è voluto evitare proprio quel fenomeno, purtroppo diffuso e giustificato con le più svariate motivazioni, di una contrattazione singola dell'ente aggiudicatore con un solo soggetto, che - tranne casi eccezionali - violava apertamente i ricordati principi di trasparenza, par condicio, correttezza e massima apertura ad una effettiva concorrenza.

Sulla base di siffatte considerazioni, va inoltre ricordato che sia il bando, sia il Capitolato non fornivano alcuna indicazione sui contenuti né sulle modalità della negoziazione, né indicavano alcunché in ordine ai termini e tempi dell'invito a negoziare ma - soprattutto - non manifestavano l'intenzione di trattare solo con chi avesse presentato l'offerta più bassa, circostanza questa che non poteva non essere interpretata se non come manifestazione dell'intenzione di Poste di seguire la regola generale che per l'appunto richiede la consultazione degli altri concorrenti.

Né - è appena il caso di accennarlo - una simile intenzione poteva essere ricavata dal fatto che, sin dall'inizio, che il bando e il Capitolato richiedevano la formulazione di una offerta; tale elemento non appare, invero, di per se sufficiente, ad esprimere la volontà di trattare con uno solo degli offerenti, potendo anche essere inteso come necessità di conoscere il possibile andamento del mercato, al fine di predisporre la controfferta da formulare in sede di negoziazione.

Nella specie è quindi mancata la consultazione prevista dal comma 40 dell'art. 3 e, quand'anche si volesse equiparare la consultazione alla richiesta di formulazione dell'offerta, è, in ogni caso mancata la negoziazione con gli altri concorrenti.

Il procedimento seguito da Poste Italiane S.p.A, appare dunque illegittimo, il che comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara, rendendone necessaria la ripartizione a partire dal bando.

La natura della causa, la delicatezza delle questioni e la loro novità, giustificano la compensazione tra le parti delle spese e degli onorari del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Milano, I Sezione definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 20 dicembre 2006

<https://www.diritto.it/la-negoziazione-con-tutti-gli-offerenti-costituisce-un-elemento-essenziale-della-procedura-negoziata/>