

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/11/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37479-mancanza-condizioni-normativamente-definite-espletamento-procedura-negoziata-senza-bando>

Autore: Lazzini Sonia

Mancanza condizioni normativamente definite espletamento procedura negoziata senza bando

Questo Collegio ritiene peraltro che ricorrano anche gli autonomi profili di illegittimità del provvedimento impugnato riscontrati anche dal Tar, in ragione della mancanza delle condizioni normativamente definite per l'espletamento di una procedura negoziata senza bando. (decisione numero 3228 del 26 giugno 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato

Sonia Lazzini

In tal senso si osserva che, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), e dell'art. 57, comma 3 lett. b) del D. lgs 163/2006, non possono legittimare il ricorso ad una siffatta opzione procedurale, le considerazioni fornite dall'amministrazione facendo relative, da un lato, alla pretesa situazione di estrema urgenza,- derivante dalla necessità di dare pronta attuazione alle disposizioni della Giunta comunale che avrebbero comportato l'avvio di una fase sperimentale di sosta a pagamento in nuove zone della città- e dall'altro al carattere complementare della fornitura e alle presunte difficoltà tecniche che avrebbe comportato il cambio di fornitore.

Orbene, quanto all'urgenza adottata dalla Genova Parcheggi a giustificazione dell'affidamento diretto, deve escludersi che da mere scelte programmatiche dell'amministrazione – quali quelle di attivare la nuove zone di sperimentazione - possa derivare l'estrema urgenza che l'art. 57 comma 2 lett. c) del D.lgs. 163/2006 individua quale condizione necessaria per l'espletamento di una procedura negoziata senza bando.

Si deve soggiungere che la stessa successione dei fatti esclude che possa configurarsi l'ulteriore presupposto dell'imprevedibilità incolpevole dei fattori determinanti la situazione di urgenza.

Va infine rimarcato che non sussiste adeguata e documentata motivazione in merito alla sussistenza effettiva dei presupposti applicativi e delle esigenze tecniche di cui all'articolo 57, comma 2, lettera c, e comma 3, lettera b), del codice dei contratti pubblici.

Dall'infondatezza di tali motivi di appello deriva che anche l'ultimo motivo di impugnazione merita di essere respinto, in quanto le argomentazioni esposte evidenziano la ricorrenza di una grave violazione ai sensi e con gli effetti dell'art. 121 comma 1 lett. b) c.p.a.

N. 03228/2015REG.PROV.COLL.

N. 04701/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1.-Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria ha accolto in parte, previa riunione, i ricorsi proposti dalla ***Spa per ottenere il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara aggiudicata alla controinteressata controinteressata S.p.a., e l'annullamento del successivo provvedimento, adottato dalla Genova Parcheggi S.p.a., recante la nuova aggiudicazione in favore della controinteressata all'esito della procedura negoziata avente ad oggetto l'ampliamento, la fornitura e l'installazione di parcometri, dei relativi sistemi di supervisione e centralizzazione dati e la fornitura del servizio di manutenzione.

2.- Genova Parcheggi S.p.a. - società pubblica costituita dal Comune di Genova per la gestione dei parcheggi e della sosta, avente unico socio l'azienda Mobilità e Infrastrutture di Genova riconducibile allo stesso Comune - indiceva, con bando pubblicato sulla G.U. n. 22 del 20 febbraio 2009, una procedura di gara ristretta per l'affidamento della fornitura di 100 parcometri, dei relativi sistemi di supervisione e centralizzazione dati e del servizio di manutenzione, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pervenivano nei termini fissati le sole offerte della ***S.p.a. e alla controinteressata S.p.a..

La Commissione giudicatrice, con provvedimento del responsabile del procedimento del 14.5.2009 prot. n. 457/09, escludeva l'offerta della ***S.p.a. per la mancanza dei requisiti minimi obbligatori previsti dalla legge di gara e disponeva l'aggiudicazione in favore della controinteressata S.p.a.

Avverso tale esito la ***proponeva ricorso straordinario al Presidente della Repubblica che culminava nella decisione di accoglimento in considerazione dell'illegittimità della previsione di requisiti di partecipazione modellati in modo ingiustificatamente restrittivo (c.d. bando fotografia). Veniva invece dichiarata l'inammissibilità della domanda risarcitoria stante il carattere caducatorio del ricorso straordinario.

Con un secondo ricorso giurisdizionale la ***S.p.a. impugnava il provvedimento con cui Genova Parcheggi S.p.a. aveva affidato direttamente a controinteressata S.p.a. la fornitura di ulteriori ottanta parcometri.

2.1.Con sentenza n. 606, depositata in data 27.4.2012, la Sezione Seconda del Tar Liguria ha accolto in via parziale, previa loro riunione, i ricorsi proposti dalla ***come integrati da successivi motivi aggiunti.

In particolare quanto al ricorso rubricato al R.G. n. 112 del 2011, il Collegio Territoriale ha qualificato la domanda proposta con il ricorso introduttivo qualificandola alla stregua di istanza risarcitoria autonoma ai sensi dell'art. 30 comma 3 c.p.a.

Il Primo Giudice ha poi accolto la domanda risarcitoria, ravvisando la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice di responsabilità civile ed ha condannato la Genova Parcheggio s.p.a. a risarcire la somma complessiva di euro 34.700 di cui euro 17,350 a titolo di danno per perdita di *chance* ed ulteriori euro 17,350 a titolo di danno curricolare.

Nulla è stato riconosciuto per i costi di partecipazione alla **gara**.

2.2. Con riferimento al ricorso iscritto al R.G. n. 1089 del 2011, volto a conseguire la caducazione del provvedimento con cui Genova Parcheggio S.p.a. aveva affidato direttamente alla controinteressata la fornitura di ulteriori 80 parcometri, il Giudice di prime cure ha accolto i motivi proposti dalla ricorrente e ha annullato il provvedimento impugnato riscontrando tanto gli eccepiti vizi di illegittimità derivata dalla precedente procedura ad evidenza pubblica quanto i denunciati profili di autonoma illegittimità del provvedimento impugnato, a causa della mancanza delle condizioni normativamente definite per l'espletamento di una procedura negoziata senza bando (artt. 57, comma 2, lett. c), e 57, comma 3, lett. b) del D. lgs 163/2006).

3.- Avverso la sopracitata sentenza del Tar Liguria, Sezione Seconda n. 606 del 2012, ha proposto appello la Genova Parcheggio S.p.a.

Si sono costituite in giudizio la controinteressata controinteressata e la ***S.p.a., la quale ha proposto appello in via incidentale.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 17 febbraio 2015 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4. L'appello principale è infondato.

4.1. Non meritano accoglimento, in primo luogo, le doglianze con cui si ripropongono le argomentazioni disattese dal Primo Giudice in tema di irricevibilità e inammissibilità della domanda risarcitoria.

Si deve, infatti, osservare che la domanda risarcitoria, sia se considerata autonoma che se ritenuta consequenziale alla decisione su ricorso straordinario, risulta tempestiva in rapporto all'innovativo termine decadenziale di 120 giorni, da computarsi dall'entrata in vigore dello *jus novum*, previsto per i giudizi risarcitori, non sensibile alla dimidiazione prevista per i soli rimedi impugnatori ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo.

A confutazione della tesi della violazione del principio di alternatività tra rimedio straordinario e ricorso giurisdizionale, è sufficiente osservare che la negazione della riproponibilità dell'azione risarcitoria in sede giurisdizionale a fronte dell'inammissibilità dichiarata in sede straordinaria, implicherebbe un'inammissibile compressione delle esigenze di tutela di parte di ricorrente. Una lettura costituzionalmente orientata del principio di alternatività impone pertanto di escludere l'operatività di detta preclusione con riferimento a rimedi non azionabili con lo strumento del ricorso al Presidente della Repubblica.

4.2. Vanno disattese anche le doglianze, articolate in modo incrociato con il ricorso principale e con l'appello incidentale, che censurano il merito della statuizione di accoglimento parziale della domanda risarcitoria.

Non sussistono, in primo luogo, i lamentati profili di carenza motivazionale, in quanto il riferimento operato dal Giudice di prime cure al contenuto del parere emesso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario e ai profili di illegittimità della procedura ad evidenza pubblica ivi contenuti, consente di comprendere il percorso logico seguito dall'organo giudicante al fine di pervenire al convincimento dell'illegittimità della procedura di **gara**..

Non merita favorevole considerazione neanche la censura dell'appellante principale a tenore della quale l'importo da risarcire dovesse essere ulteriormente ridotto in considerazione del numero delle imprese invitate alla procedura ristretta.

Al riguardo il Primo Giudice ha correttamente osservato che *“trattandosi di **gara** svolta, si devono considerare le sole imprese che hanno effettivamente presentato offerta e non, come pretenderebbe la difesa dell'amministrazione, tutte quelle che erano state invitate alla procedura ristretta.”*. Sono infondate altresì le censure contrapposte dalla parte appellante in via principale e dalla ricorrente incidentale in merito alla quantificazione del danno da perdita di chance e di natura curricolare in quanto le statuizioni del giudice - relative alla percentuale di utile, alla riduzione del *quantum debeat*ur in funzione della mancata prova dell'impossibilità di un diverso impiego delle risorse aziendali e al mancato riconoscimento dei costi di partecipazione – costituiscono esercizio del potere di liquidazione equitativa, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1226 e 2056 c.c., adeguatamente motivato e coerente con l'orientamento giurisprudenziale *in subiecta materia*.

5. Sono infondati anche i motivi di appello con cui si contesta l'accoglimento del ricorso proposto in primo grado avverso il provvedimento di aggiudicazione a controinteressata della successiva fornitura di ottanta parcometri.

Va rimarcato, in primo luogo, che, sebbene non sussista tra le due procedure un rapporto di presupposizione in senso stretto, non può disconoscersi che la procedura negoziata senza indizione di **gara**, impugnata nel ricorso R.G. n. 1089 del 2011, rappresenti nella sostanza un'estensione della precedente **gara** dichiarata illegittima all'esito del rammentato ricorso straordinario.

Nel senso della suddetta estensione, la stessa appellante fa riferimento all'affidamento della gestione delle nuove Zone T ed R “ fino alla scadenza dell'affidamento del servizio gestione sosta a pagamento”. Inoltre, lo stesso fatto di aver invocato la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 57 comma 3 lett. b) c.p.a. depone nel senso della continuità, così come nel senso della complementarietà della precedente fornitura può altresì richiamarsi il dato testuale ricavabile dal provvedimento del 7.7.2011 del C.d.A. della Genova Parcheggi che fa riferimento a una nuova fornitura complementare alla precedente.

Sussistono dunque i profili di illegittimità derivata, riconosciuti anche dal Giudice di prime cure.

Questo Collegio ritiene peraltro che ricorrano anche gli autonomi profili di illegittimità del provvedimento impugnato riscontrati anche dal Tar, in ragione della mancanza delle condizioni normativamente definite per l'espletamento di una procedura negoziata senza bando.

In tal senso si osserva che, ai sensi dell'art. 57 , comma 2, lett. c), e dell'art. 57, comma 3 lett. b) del D. lgs 163/2006, non possono legittimare il ricorso ad una siffatta opzione procedurale, le considerazioni fornite dall'amministrazione facendo relative, da un lato, alla pretesa situazione di estrema urgenza,- derivante dalla necessità di dare pronta attuazione alle disposizioni della Giunta comunale che avrebbero comportato l'avvio di una fase sperimentale di sosta a pagamento in nuove

zone della città- e dall'altro al carattere complementare della fornitura e alle presunte difficoltà tecniche che avrebbe comportato il cambio di fornitore.

Orbene, quanto all'urgenza adottata dalla Genova Parcheggi a giustificazione dell'affidamento diretto, deve escludersi che da mere scelte programmatiche dell'amministrazione – quali quelle di attivare la nuove zone di sperimentazione - possa derivare l'estrema urgenza che l'art. 57 comma 2 lett. c) del D.lgs. 163/2006 individua quale condizione necessaria per l'espletamento di una procedura negoziata senza bando. Si deve soggiungere che la stessa successione dei fatti esclude che possa configurarsi l'ulteriore presupposto dell'imprevedibilità incolpevole dei fattori determinanti la situazione di urgenza. Va infine rimarcato che non sussiste adeguata e documentata motivazione in merito alla sussistenza effettiva dei presupposti applicativi e delle esigenze tecniche di cui all'articolo 57, comma 2, lettera c, e comma 3, lettera b), del codice dei contratti pubblici.

Dall'infondatezza di tali motivi di appello deriva che anche l'ultimo motivo di impugnazione merita di essere respinto, in quanto le argomentazioni esposte evidenziano la ricorrenza di una grave violazione ai sensi e con gli effetti dell'art. 121 comma 1 lett. b) c.p.a.

6. Le considerazioni che precedono impongono la reiezione dell'appello principale e del ricorso incidentale.

Il regime delle spese segue la regola della soccombenza nei termini in dispositivo specificati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e il ricorso incidentale.

Condanna in solido Genova Parcheggi e Paerkeon s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio che liquida nella misura complessiva euro 10.000/00 (diecimila//00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/06/2015

IL SEGRETARIO

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