

E' legittima la consegna anticipata del servizio in via di urgenza quando la natura essenziale delle prestazioni ad esso sottese denota l'interesse pubblico ad evitare possibili pregiudizi a persone e cose.

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 13-3-2017

1. L'art. 45 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non osta alla partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici di un consorzio che svolge attività agricola, in quanto attività economica che si sostanzia nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato.

Guida alla lettura

Due sono i profili che meritano di essere evidenziati in questa decisione del T.A.R. Bologna, il primo dei quali riguarda la capacità di un consorzio di agricoltori di partecipare alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici (nella fattispecie il servizio di sgombero neve e trattamento antigelo). In proposito, la pronuncia chiarisce che lo svolgimento dell'attività agricola, in quanto attività economica che si sostanzia nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato, consente di qualificare chi la eserciti in forma organizzata come operatore economico ai sensi delle previsioni di cui agli artt. 3 e 45 del d. lgs. n. 50/2016, in linea, del resto, con la lettura aperta di tale elencazione già riconosciuta con riferimento al previgente art 34 del d. lgs. n. 163/2006. E' interessante osservare, sempre in relazione all'idoneità del concorrente a prendere parte alle procedure in parola, che nemmeno vengono riconosciuti come ostativi la presenza - desumibile dalla visura camerale - di un oggetto sociale generico, laddove non incompatibile con la prestazione del servizio in gara nonché dello stato di inattività, essendo questo reversibile.

Il secondo profilo d'interesse che si segnala consiste nella motivazione di rigetto della censura per cui l'intervenuta consegna anticipata del servizio in via d'urgenza avrebbe ignorato il mancato completamento delle verifiche sulla prima classificata e sarebbe avvenuta, così, in difetto del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Secondo il T.A.R. il combinato disposto dei co. 8 e 13 dell'art. 32, del d. lgs. n. 50/2016 consente espressamente la consegna anticipata del servizio quando la natura essenziale delle prestazioni che ne sono oggetto denota l'interesse pubblico ad evitare possibili pregiudizi a persone e cose, essendo l'urgenza causa tipizzata di deroga al principio generale per cui l'esecuzione può avviarsi

solo una volta che il contratto è divenuto efficace. In questo modo, viene superato anche il rilievo sull'asserita mancanza dell'aggiudicazione definitiva in pendenza della fase di verifica dei requisiti generali, che di tale provvedimento determina l'inefficacia temporanea e non, invece, l'inesistenza.

Non vi è decisione, infine, per via della ritenuta genericità del relativo motivo, in ordine ad un ulteriore aspetto su cui sarebbe stato interessante conoscere l'orientamento del T.A.R. onde completare la ricostruzione dell'istituto della consegna anticipata del contratto, quello per cui l'applicazione già durante questa fase del medesimo trattamento tariffario operante a seguito dell'aggiudicazione si porrebbe in contrasto con il citato art. 32, co. 8 del d. lgs. n. 50/2016, che, per questa ipotesi, contempla il diritto al solo rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 760 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Servizi Agroindustriali, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Carbone e Raffaele Merangolo, con domicilio eletto presso lo studio Paolo Carbone in Bologna, via Azzo Gardino 1;

contro

Comune di Valsamoggia, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Scarpiello e Cristina Barone, con domicilio in Bologna, via Benedetto XIV 3;

nei confronti di

Consorzio Agricoltori Samodia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Dehbora Archiutti e Barbara Banorri, con domicilio eletto presso lo studio Dehbora Archiutti in Bologna, via Belfiore 1;

per l'annullamento

(con il ricorso introduttivo)

del provvedimento del Comune di Valsamoggia, di numero e data non conosciuti, di aggiudicazione definitiva dell'appalto del servizio di sgombero neve e trattamento antigelo sul territorio del Comune medesimo nel periodo dal 15 novembre 2016 al 15 aprile 2017 mediante RDO - MEPA in approvazione della relativa proposta del Responsabile dell'Area Cura Territorio- Servizio Manutenzioni, di cui alla determinazione n. 460 del 18/08/2016;

(con motivi aggiunti)

della determinazione n. 650 in data 11.11.2016 del Comune di Valsamoggia, pubblicata in pari data in Albo Pretorio, di consegna anticipata del servizio, in via d'urgenza al Consorzio Agricoltori Samodia, impugnata con motivi aggiunti, nonché di ogni atto connesso e conseguente e per il risarcimento del danno subito.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Valsamoggia e del Consorzio Agricoltori Samodia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2017 la dott.ssa Rosalia Maria Rita Messina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente provvedimento viene redatto in conformità al principio di sinteticità di cui all'art. 3/2 c.p.a.

La controversia ha per oggetto l'esito di una gara per l'affidamento del servizio di sgombero neve e trattamento antigelo sul territorio del Comune di Valsamoggia nel periodo dal 15 novembre 2016 al 15 aprile 2017. Dagli atti di causa risulta che in data 22 agosto 2016 è stata comunicata al Consorzio Servizi Agroindustriali, oggi ricorrente, l'aggiudicazione definitiva (secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa) in favore del Consorzio Agricoltori Samodia, il quale ha ottenuto un punteggio complessivo di 59,78 (ribasso del 13,51%).

Parte ricorrente ritiene che vi siano state diverse illegittimità nella conduzione della gara e impugna l'aggiudicazione in favore di parte controinteressata.

Si sono costituiti in resistenza il Comune di Valsamoggia e il Consorzio aggiudicatario, i quali hanno contestato le tesi avversarie e difeso la legittimità dell'aggiudicazione impugnata.

Con motivi aggiunti depositati il 30 novembre 2016 parte ricorrente insorge avverso la determinazione, di estremi indicati in epigrafe, con la quale il Comune ha provveduto alla consegna anticipata del servizio, in via d'urgenza, al Consorzio Agricoltori Samodia.

Le parti hanno esplicitato ulteriori difese e alla pubblica udienza del 14 febbraio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con il primo motivo di censura dedotto con il ricorso introduttivo parte ricorrente contesta la legittimità dell'operato dell'amministrazione per violazione degli artt. 1 ss. della l. n. 241/1990, 32/7, 33, 80 e 83 d. lgs. n. 50/2016, 24 e 97 Cost., nonché per eccesso di potere sotto i profili della contraddittorietà e della illogicità.

Si prescinde dall'esporre e dall'esaminare i profili di pretesa irregolarità di precedenti gare indette dal medesimo Comune per il medesimo servizio in anni passati, attese l'irrelevanza. La mancata impugnativa dei relativi atti e provvedimenti rende superflua ogni questione sul punto.

In sostanza, ciò di cui parte ricorrente si duole è che il provvedimento di aggiudicazione sia stato condizionato all'esito di successive verifiche istruttorie.

È agevole in contrario osservare che l'aggiudicazione, nella nuova disciplina delle gare di evidenza pubblica, è per legge inefficace fino a che non sia stata effettuata la verifica dei requisiti (art. 32/7 d. lgs. n. 50/2016).

Deve ritenersi pertanto corretta la determinazione con la quale sono stati approvati i verbali e la proposta di aggiudicazione (n. 460/2016), in cui è stata richiamata la disposizione testé menzionata di cui è stata anche riprodotta sostanzialmente la formulazione.

Il motivo in esame non merita dunque adesione.

3. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo si lamenta violazione degli artt. 3, 45 e 105 del nuovo codice dei contratti pubblici e 2135 c.c., nonché eccesso di potere per sviamento.

In sostanza parte ricorrente assume che il soggetto aggiudicatario non avrebbe la necessaria idoneità tecnica per svolgere il servizio di cui trattasi.

In primo luogo espone che dalla visura camerale relativa al Consorzio Samodia si desume che l'oggetto sociale di esso è generico, descritto mediante espressioni neutre.

A prescindere dal tenore della legge di gara, che nulla di specifico richiedeva con riguardo all'ambito di attività normalmente svolta dai concorrenti, prescrivendo la semplice iscrizione alla Camera di Commercio (punto 2 del bando), va rilevato che lo svolgimento di attività agricola non presenta profili di incompatibilità rispetto al servizio da appaltare, che consiste semplicemente, come si è avuto modo di dire, nello sgombero della neve e nel trattamento antigelo. Tutto ciò che occorre per essere idonei tecnicamente allo svolgimento del servizio è quindi il possesso o comunque la disponibilità dei mezzi meccanici necessari per effettuare le

operazioni di cui trattasi.

Quanto all'inattività riscontrata nella visura camerale, che parte ricorrente denuncia come ulteriore aspetto di inidoneità del Consorzio controinteressato, si osserva che ciò non è sufficiente a ritenere tecnicamente inidoneo il concorrente, trattandosi di uno stato reversibile.

Infine, parte ricorrente censura l'operato dell'amministrazione per avere ammesso alla selezione un soggetto a suo dire privo di legittimazione a parteciparvi, atteso che si tratta di soggetto che svolge attività agricola; esso, in quanto tale, non rientrerebbe nelle previsioni di cui agli artt. 3 e 45 del d. lgs. n. 50/2016.

Nell'interpretazione della disciplina invocata è stato chiarito però che, al fine della partecipazione alle gare pubbliche, ciò che rileva è l'esercizio da parte del concorrente di un'attività economica, che si sostanzia nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato.

La doglianza, alla stregua di tale interpretazione e della situazione fattuale quale risulta dagli atti di causa, non merita condivisione.

4. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo si deduce una doglianza in via meramente ipotetica, posto che parte ricorrente trae da vicende estranee al contenzioso in esame supposizioni in ordine alla pretesa mancanza di requisiti: si tratta, precisamente, di vicende attinenti alla gara svoltasi per il medesimo servizio con riguardo al periodo 2015/2016, che non possono ovviamente avere alcuna rilevanza nella fattispecie oggetto del ricorso. Stante l'inammissibilità, cui s'è già fatto cenno nel paragrafo 2), di un simile modo di formulare le censure, le argomentazioni ipotetiche svolte da parte ricorrente non saranno esaminate.

5. In conclusione, il ricorso introduttivo del giudizio va respinto.

6. Con i motivi aggiunti parte ricorrente contesta la consegna anticipata del servizio in via d'urgenza, lamentando innanzitutto, con il primo di detti motivi, che con tale consegna anticipata sarebbe stata pretermessa la fase delle verifiche, al cui esito è condizionata l'efficacia dell'aggiudicazione (come si è già detto nel paragrafo 2).

Il Collegio ancora una volta traslascia le argomentazioni che attengono a presunte irregolarità inficianti le gare svoltesi nei precedenti anni, che non possono trovare ingresso nel presente giudizio, non essendo state tempestivamente denunciate con ricorso innanzi al TAR.

Ciò premesso, si osserva che la consegna anticipata dell'appalto è prevista dal d.lgs. n. 50/2016. L'art. 32 prevede, al comma 13, che l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8.

Il comma 8 prevede che *«Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al*

presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio, storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari. »

Il successivo comma 9 dispone che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione; il comma 10 prevede alcune eccezioni alla predetta regola, tra le quali quella di cui alla lettera b): *«nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b). »*

Orbene, a fronte della natura essenziale del servizio di cui trattasi era necessario assicurarne lo svolgimento durante la stagione invernale, sicché non si ravvisano profili di illegittimità, essendo certamente rispondente all'interesse pubblico lo svolgimento del servizio medesimo ed essendo altresì possibile e anche probabile, in caso di mancata esecuzione, il verificarsi di pregiudizi anche rilevanti all'incolumità delle persone e all'integrità dei beni.

Si precisa che nel caso in esame è legittima anche l'esecuzione anticipata durante il periodo di *stand still*, secondo le disposizioni su riportate, trattandosi di affidamento ai sensi dell'art. 36/2 lett. b.

7. Con il secondo dei motivi aggiunti parte ricorrente sostiene l'illegittimità della consegna anticipata in primo luogo per mancanza di un'aggiudicazione definitiva.

Sull'inefficacia dell'aggiudicazione definitiva fino all'espletamento delle verifiche dei requisiti, che tuttavia non significa inesistenza di un'aggiudicazione definitiva, bensì semplice temporanea inefficacia di questa, si rinvia a quanto esposto nel paragrafo 2.

In secondo luogo, l'amministrazione starebbe impiegando, secondo parte ricorrente, un tempo eccessivamente lungo, senza reale motivo, per le verifiche, per altro ? osserva parte ricorrente ? da effettuare mediante consultazione di registri pubblici.

Tale profilo, anche ad ammetterne la consistenza in fatto (trattasi in realtà di contestazione assai generica), non è tuttavia in grado di inficiare la correttezza della consegna anticipata in via d'urgenza di un servizio di natura essenziale.

Un ulteriore profilo di illegittimità parte ricorrente ravvisa nel fatto che l'amministrazione ha ritenuto di applicare il medesimo trattamento tariffario operante nell'ipotesi di aggiudicazione; ciò ? essa sostiene ? confermerebbe la volontà di giungere surrettiziamente al risultato raggiungibile mediante l'aggiudicazione. Ciò avverrebbe in violazione dell'art. 32/8 del nuovo codice dei contratti pubblici, in cui si prevede che tale consegna anticipata determini esclusivamente il rimborso delle spese.

La censura è infondata, atteso che la determinazione impugnata con i motivi aggiunti prevede espressamente che *«l'esecutore avrà diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.»*

Che poi il rimborso delle spese abbia come riferimento, come dimostrerebbe l'allegato A, l'elenco prezzi unitari allegato al progetto come ribassati in sede di offerta è un rilievo che pecca per genericità, non essendo stato chiarito dalla parte ricorrente quali parametri del rimborso spese in concreto si sarebbero dovuti applicare in luogo di quelli applicati.

Infondato è altresì il terzo dei motivi aggiunti, secondo cui la determinazione impugnata non sarebbe stata adeguatamente motivata.

Dalla lettura del provvedimento si evince che esso dà invece conto dei presupposti di fatto e di diritto della consegna anticipata, richiamando la natura essenziale del servizio, l'inserimento di esso nel Piano Comunale di Protezione Civile, la disposizione applicata (il più volte citato art. 32/8 del codice dei contratti pubblici del 2016). Viene anche ricordata l'inapplicabilità nel caso in esame del termine dilatorio di cui al comma 9 della medesima disposizione, trattandosi di affidamento effettuato ai sensi dell'art. 36/2, lett. b.

8. In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti in esame devono essere respinti sia in relazione alla domanda impugnatoria sia in relazione alla domanda risarcitoria, non essendosi evidentemente verificato alcun danno ingiusto nella sfera giuridico – economica di parte ricorrente.

Le spese sono liquidate in dispositivo secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), respinge ogni domanda azionata con il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe.

Pone le spese processuali a carico della parte ricorrente, liquidandole, in favore delle parti resistenti, in € 8.000,00 (ottomila/00), oltre accessori di legge, in ragione di € 4.000,00 (quattromila/00) per ciascuna di dette parti.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Rosalia Maria Rita Messina, Consigliere, Estensore

Maria Ada Russo, Consigliere