

N. 01239/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01690/2012 REG.RIC.



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 la Puglia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1690 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Siram S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Bruno Becchi, Loredana Grillo e Nicola Memeo, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Bari - Loseto, via Cavour 43;

contro

Provincia di Bari, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Bari, piazza Umberto I 62;

nei confronti di

Manutencoop Facility Management S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo della costituenda a.t.i. con MA.RA.G. S.r.l. e Combustibili Nuova

Prenestina S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabrizio Lofoco, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale della Provincia di Bari n. 1862/2012 del 3 ottobre 2012, avente ad oggetto la risoluzione del contratto d'appalto con Calor Bari s.r.l. (già Garofalo Combustibili s.r.l.) e l'interpello ex art. 140 D.Lgs. n. 163 del 2006 per l'affidamento del completamento del servizio di gestione calore degli edifici scolastici e degli immobili di competenza dell'Amministrazione Provinciale di Bari - lotto 1;

di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;

della determinazione dirigenziale della Provincia di Bari n. 3659 del 29 novembre 2012, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'a.t.i. Manutencoop Facility Management s.p.a..

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Bari e di Manutencoop Facility Management S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott. Francesca Petrucciani;

Uditi per le parti nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2013 i difensori avv.ti Loredana Grillo, Giovanni Vittorio Nardelli e Fabrizio Lofoco, anche in sostituzione degli avv.ti Stefano Baccolini e

Francesco Rizzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe Siram s.p.a. ha impugnato la determinazione con la quale la Provincia di Bari, risolvendo il contratto di appalto stipulato con Calor Bari (già Garofalo Combustibili) per la gestione calore degli edifici scolastici e immobili di pertinenza dell'Amministrazione provinciale – Lotto 1, ha interpellato ai sensi dell'art. 140 D.Lgs. 163/2006, ai fini della prosecuzione del contratto, la terza classificata a.t.i. Manutencoop, dando atto che la Siram, seconda classificata nella gara, era già risultata aggiudicataria del Lotto 2 del medesimo appalto, e non poteva pertanto essere aggiudicataria, secondo il disciplinare, di altro lotto.

La ricorrente ha esposto che il Disciplinare di gara conteneva, per l'aggiudicazione dei 4 lotti in gara, la seguente previsione: *“Per l'esame e l'aggiudicazione dei lotti si procederà dal Lotto “Zona 1”. Una ditta non potrà aggiudicarsi più di un lotto. Ove nel lotto successivo al primo fosse rimasta in gara la sola ditta aggiudicataria del lotto precedente, la commissione procederà ad aggiudicare il lotto alla stessa ditta”*.

All'esito della gara, espletata tra il 2008 e il 2009, la ricorrente era risultata aggiudicataria del Lotto 2 e seconda classificata per il Lotto 1; quindi nel 2012, avendo appreso che la Garofalo Combustibili era stata sottoposta a procedura concorsuale, aveva richiesto chiarimenti alla Provincia in ordine all'eventuale subentro nel contratto per Lotto

1, e le era stata comunicata la determinazione impugnata.

A sostegno del ricorso sono state articolate le seguenti censure:

1. in via principale l'illegittimità del mancato interpello di Siram s.p.a. per violazione dell'art. 140 D.Lgs. 163/2006, erronea motivazione, eccesso di potere e travisamento del Disciplinare di gara, in quanto il divieto di doppia aggiudicazione non era assoluto e operava nella fase iniziale della individuazione del contraente e non nel caso di sopravvenuta necessità di sostituzione dello stesso per risoluzione del contratto;
2. violazione dell'art. 7 L. 241/90, violazione dei principi di affidamento, trasparenza e buon andamento, eccesso di potere, poiché, in ogni caso, l'avvio del procedimento ex art. 140 D.Lgs. 163/2006 avrebbe dovuto essere comunicato anche a Siram;
3. in via subordinata l'inapplicabilità dell'art. 140 D.Lgs. 163/2006, che prevede inderogabilmente lo scorrimento della graduatoria a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, e quindi dal secondo classificato, fino al quinto miglior offerente, escluso l'aggiudicatario;
4. illegittimità della mancata attivazione della convenzione Consip Servizio Energia, della quale era titolare la ricorrente, per violazione dell'art. 1, comma 1, D.L. 95/2012 in relazione all'art. 26 L. 488/99, difetto di motivazione, eccesso di potere sotto vari profili, non avendo l'Amministrazione considerato la possibilità di aderire al Servizio energia Consip che prevede, in attuazione delle disposizioni per il contenimento della spesa pubblica di cui al D.L. 95/2012, i

limiti massimi di spesa per l'acquisto di beni e servizi comparabili all'oggetto delle stesse;

5. erronea ed insufficiente motivazione, eccesso di potere sotto vari profili, non essendo l'operato dell'Amministrazione giustificato dall'urgenza di provvedere, in quanto l'avvio del concordato preventivo della Calor Bari era stato comunicato alla Provincia fin dal 6 settembre 2012.

Con motivi aggiunti affidati alle medesime censure la ricorrente ha impugnato il provvedimento, di data 29 novembre 2012, di affidamento definitivo all'a.t.i. Manutencoop del completamento del servizio originariamente aggiudicato all'a.t.i. Garofalo Combustibili.

Si sono costituite la Provincia di Bari e l'a.t.i. Manutencoop chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 944 del 20 dicembre 2012 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta con il ricorso, rilevando che, giungendo l'appalto a scadenza il 30 luglio 2014, la decisione del merito avrebbe potuto giungere in tempo utile per l'eventuale tutela in forma specifica della posizione della società ricorrente, risultando per altro verso innegabile che, nella fattispecie, il bando di gara precludesse ai concorrenti la possibilità di aggiudicarsi più di un lotto e che siffatta preclusione fosse destinata a permanere, anche in caso di subentro nel corso dell'esecuzione dell'appalto.

All'udienza pubblica del 22 maggio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso deve essere respinto in quanto infondato.

Con il primo motivo la ricorrente ha sostenuto che il divieto di doppia aggiudicazione previsto dal Disciplinare di gara non sarebbe stato assoluto, essendo previsti dallo stesso Disciplinare dei casi in cui la medesima ditta avrebbe potuto ottenere in affidamento più di un lotto, e comunque avrebbe dovuto ritenersi operante solo nella fase iniziale della individuazione del contraente e non nel caso di sopravvenuta necessità di sostituzione dello stesso, secondo il meccanismo di cui all'art. 140 D.lgs. 163/2006, per risoluzione del precedente contratto.

Tale assunto non può essere condiviso.

Va premesso, al riguardo, che secondo la giurisprudenza pronunciata in materia l'interpello ex art. 140 cit. non costituisce una nuova gara ma si presenta quale ulteriore segmento dell'originaria procedura d'affidamento, della quale assorbe tutti gli atti e gli adempimenti presupposti; in tal senso depone non solo il dato strutturale per cui non vi è alcuna rinegoziazione delle condizioni di gara e formulazione di nuove offerte, ma semplice utilizzo delle pregresse offerte (in particolare dopo le modifiche apportate alla norma dal D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152 nel rispetto dei principi comunitari); ma anche il profilo funzionale per cui tale meccanismo, in luogo dell'indizione di una nuova procedura, risponde (anche) all'esigenza di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) attraverso la previsione di un meccanismo operativo semplificato che consente, nelle ipotesi di risoluzione per

inadempimento dell'appaltatore o fallimento di quest'ultimo, di affidare il completamento dei lavori mediante scorrimento dell'originaria e cristallizzata graduatoria di gara, evitando il più complesso e dispendioso percorso dell'indizione di una nuova gara con prezzi aggiornati, ma al contempo garantendone i valori fondamentali, atteso che l'interpello coinvolge imprese già selezionate nella medesima gara già espletata e postula l'avvenuto rispetto in quella sede di tutte le norme che regolamentano l'affidamento dei contratti pubblici dalla fase della progettazione alla stipula del contratto (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, nn. 3839 del 14 luglio 2011 e 23753 del 10 novembre 2010).

Così come configurato l'interpello non può non seguire le regole del disciplinare di gara, dovendosi necessariamente far riferimento, in assenza di un nuovo bando, alle disposizioni previste per l'affidamento originario.

Peraltro anche le pronunce dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici citate dalla ricorrente affermano che a seguito dell'interpello in questione ha luogo un nuovo ed autonomo affidamento dei lavori utilizzando, tuttavia, la graduatoria e le condizioni contrattuali già previste dagli atti di gara.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara prevede, alla lettera K): *“una ditta non potrà aggiudicarsi più di un lotto. Ove nel lotto successivo al primo fosse rimasta in gara la stessa ditta già aggiudicataria del lotto precedente, la Commissione procederà ad aggiudicare il lotto alla stessa ditta purché risulterà congrua e vantaggiosa l'offerta esaminata”*.

Il divieto di aggiudicazione di più di un lotto viene quindi posto dal disciplinare come regola generale della gara, derogabile solo a fronte della presenza di un'unica offerta da parte del soggetto già aggiudicatario di altro lotto e, quindi, della oggettiva impossibilità di aggiudicare ad altri.

Non assumono rilievo, in senso contrario, le asserite ulteriori deroghe al divieto di doppia aggiudicazione richiamate dalla ricorrente: sia, infatti, nel paragrafo relativo alla mancata prova, da parte dell'aggiudicatario, dei requisiti di partecipazione ex art. 48 D.Lgs. 163/2006, che in quello afferente alla mancata presentazione dell'aggiudicatario alla stipula del contratto, è previsto l'affidamento in favore del concorrente che segue in graduatoria ma non espressamente la deroga al divieto di doppia aggiudicazione.

Appare quantomeno dubbio che tali disposizioni possano essere invocate quali eccezioni al divieto, secondo l'interpretazione offerta dalla ricorrente, ben potendosi ritenere che l'appalto debba essere affidato al concorrente successivo in graduatoria che non sia ancora aggiudicatario di alcun lotto.

Deve dunque ritenersi che, nel caso di specie, la soluzione data dall'Amministrazione abbia fatto corretta applicazione delle regole del disciplinare, nell'attribuire portata generale al divieto di doppia aggiudicazione dallo stesso previsto, in assenza di espressa disposizione contraria.

Ne discende il rigetto del secondo motivo, relativo alla omessa comunicazione a Siram dell'avvio del procedimento ex art. 140 D.Lgs.

163/2006, in quanto, non potendo la stessa ottenere l'affidamento a seguito dello scorrimento della graduatoria, il procedimento non avrebbe potuto sortire diverso esito, con conseguente resistenza dell'atto al vizio dedotto secondo il disposto dell'art. 21 *octies*, comma 2, L. 241/90.

Vanno quindi esaminate le doglianze sollevate in via subordinata con riferimento all'inapplicabilità del meccanismo di cui all'art. 140 D.Lgs. 163/2006, che prevede inderogabilmente lo scorrimento della graduatoria a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, e quindi dal secondo classificato, fino al quinto miglior offerente, escluso l'aggiudicatario.

Deve rilevarsi, al riguardo, che il divieto di doppia aggiudicazione non si pone in insanabile contrasto con il meccanismo previsto dalla norma, potendo operare lo scorrimento della graduatoria in combinato disposto con la regola del disciplinare di gara e, conseguentemente, essere proposto l'affidamento alla prima migliore offerta escludendo i soggetti già aggiudicatari di altro lotto.

Anche tale motivo va quindi respinto.

Il quarto e quinto motivo, attinenti alla illegittimità della mancata attivazione della convenzione Consip Servizio Energia, della quale era titolare la ricorrente, possono essere esaminati congiuntamente.

Preliminarmente deve rilevarsi che dalla documentazione prodotta dalla stessa ricorrente risulta che la convenzione stipulata con la Consip è venuta a scadenza il 15 aprile 2013, di tal che deve ritenersi venuto meno l'interesse a far valere tale omissione.

In ogni caso le doglianze sono infondate nel merito.

In primo luogo, infatti, la disciplina di cui all'art. 1 del D.L. 95/2012, convertito nella L. 135/2012, sanziona con la nullità i contratti stipulati in violazione dell'art. 26 L. 488/99; tale ultima disposizione prevede che le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate tra il Ministero dell'Economia e un'impresa prescelta, che si impegna ad accettare ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato, mentre le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento.

Per le amministrazioni non statali, dunque, l'utilizzo della convenzione Consip costituisce una facoltà e non un obbligo.

Inoltre, alla stregua del disposto di cui all'art. 1, comma 7, D.L. 95/2012 l'obbligo di approvvigionamento mediante la convenzione Consip non si applica alla procedure di gara, come quella in esame, il cui bando sia stato pubblicato precedentemente alla data di entrata in vigore del decreto.

Anche tali motivi vanno quindi disattesi.

In conclusione il ricorso va respinto, con conseguente rigetto della domanda di risarcimento dei danni.

La peculiarità della questione giuridica controversa giustifica comunque la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario

Francesca Petrucciani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/08/2013

IL SEGRETARIO

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