

Publicato il 25/01/2023

N. 01284/2023 REG.PROV.COLL.
N. 11204/2022 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 il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11204 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Consorzio Stabile Impero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni De Vergottini, Marco Petitto, Elisa Lenzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marco Petitto in Roma, via A. Bertoloni n. 44, come da procura in atti;

contro

Ama Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Guido De Santis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, come da procura in atti;

nei confronti

Comune di Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura del Comune Roma in Roma, via Tempio di Giove, 21, come da procura in

atti;

Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Annibali, Andrea Ruffini, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, come da procura in atti;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento con cui AMA S.p.a. ha affidato alla Cooperativa di Facchinaggio Luigi Morelli, in qualità di impresa esecutrice designata dal Consorzio Leonardo Servizi e Lavori, il servizio di pulizia e decoro nei cimiteri capitolini;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Consorzio Stabile Impero il 25/10/2022:

-della deliberazione del 14 settembre 2022, con la quale il Consiglio di Amministrazione di AMA ha statuito “relativamente ai Cimiteri Verano, Laurentino e Suburbani: (i) di attuare con la massima urgenza le più idonee soluzioni atte a consentire la temporanea internalizzazione delle attività di spazzamento e raccolta stradale nonché della manutenzione del verde orizzontale, fermo restando l'occorrente ribaltamento dei relativi costi in base ai Contratti di Servizio in essere con Roma Capitale; ii) di procedere, previe le necessarie verifiche di legge, all'affidamento del servizio di pulizia degli uffici, degli edifici cimiteriali e dei bagni pubblici al Consorzio Stabile Leonardo (Socio esecutore Coop. Morelli), ai sensi dell'art. 63, comma 2 lett. c) del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50”; della determinazione adottata dalla Direzione Generale di AMA in data 17 ottobre 2022, n. 305, priva di numero di protocollo, conosciuta solo a seguito del deposito in giudizio da parte di AMA S.p.A. in data 17 ottobre 2022, con la quale è stato autorizzato “l'affidamento ai sensi ai sensi dell'art. 63, comma 2 lett. c) del D.lgs. n. 50/2016, ed in conformità alla vigente Procedura Acquisti, in favore del

Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile” per lo svolgimento delle attività afferenti al servizio di pulizia degli uffici, degli edifici cimiteriali e dei bagni pubblici presenti nei cimiteri Verano, Laurentino e suburbani, per un periodo massimo di 6 mesi, salvo che all'aggiudicazione della nuova procedura di cui al Bando AMA n. 22/2022 si pervenga anticipatamente, per un importo complessivo massimo di euro 338.295,04 oltre IVA”; nonché, ove occorrer possa, della nota di AMA del 14 ottobre 2022 e di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e conseguente, anche non cognito alla ricorrente;

LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA del contratto che nel frattempo dovesse essere stipulato con l'aggiudicataria, oltre che infine,

IL RISARCIMENTO DEL DANNO sia in forma specifica, mediante l'aggiudicazione al ricorrente, che per equivalente conseguente alla illegittimità degli atti impugnati; nonché

L'ANNULLAMENTO AI SENSI DELL'ARTICOLO 116, COMMA 2, C.P.A. del silenzio - rifiuto formatosi sulla istanza di accesso agli atti presentata in data 21 settembre 2022 ai sensi degli articoli 22 e ss. della legge n. 241/90 e per l'accertamento del diritto del Consorzio Stabile Impero a conoscere tutti gli atti e i documenti richiesti con tale istanza e la conseguente condanna dell'Amministrazione ad esibirli

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Roma e di Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile” e di Ama Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023 il consigliere Achille Sinatra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 30 settembre 2022 e depositato il successivo 3 di ottobre, il Consorzio Stabile Impero, premette di essere attuale affidatario del servizio di pulizia e decoro dei Cimiteri Capitolini in forza di aggiudicazione del lotto relativo al Cimitero del Verano di Roma nell'ambito della procedura aperta di cui al Bando 41/2019 indetta da AMA s.p.a., della durata di quattordici mesi.

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva del detto servizio reca il n. 25 del 7 luglio 2020, ed il relativo contratto ha previsto l'inizio dell'esecuzione delle prestazioni a decorrere dal 16 luglio 2020 con scadenza fissata al 16 settembre 2021.

2. – Il Consorzio ricorrente espone, inoltre, di aver ricevuto, successivamente, l'affidamento del medesimo servizio in proroga in forza di atto del Direttore generale di AMA s.p.a. n. 387 del 27 dicembre 2021, la cui motivazione dà atto che “si rende necessario procedere all'attivazione dell'opzione contrattuale, come previsto dai contratti sottoscritti tra le parti ai sensi dell'art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 ed in conformità alla vigente Procedura Acquisti, agli stessi prezzi, patti e condizioni e per il tempo strettamente necessario all'individuazione di un nuovo contraente”.

3. – Tanto premesso, il Consorzio ricorrente, con l'impugnazione in esame, lamenta di avere ricevuto da AMA s.p.a. una comunicazione con cui la stazione appaltante gli ha richiesto il rilascio del compendio in cui esso stava svolgendo il servizio a far data dal 16 settembre 2022, in quanto AMA s.p.a. aveva affidato alla Cooperativa di Facchinaggio Luigi Morelli, in qualità di impresa esecutrice designata dal Consorzio Leonardo Servizi e Lavori, senza previa pubblicazione del Bando di gara o di avviso pubblico, il servizio di pulizia e decoro nei cimiteri capitolini, in particolare del Cimitero Verano.

4. – Con decreto cautelare *ante causam* n. 5932\2022 del 17 settembre 2022 è stata sospesa in via di d'urgenza l'efficacia del provvedimento impugnato.

Tale misura è stata revocata ad istanza della parte interessata con decreto n. 6475\2022 del 19 ottobre 2022.

5. – Con il ricorso introduttivo il Consorzio Stabile Impero impugna l'affidamento del servizio alla Cooperativa di Facchinaggio Luigi Morelli sulla scorta di un unico motivo, rubricato “Violazione e falsa applicazione degli articoli 4 e 30 del d.lgs. 50/2016. Difetto di istruttoria. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Violazione dell'articolo 97 Cost. Violazione dei principi di leale collaborazione, buon andamento, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e di libera concorrenza”, con il quale esso lamenta, in sintesi, che non è stata indetta da AMA s.p.a. una procedura competitiva volta all'affidamento del servizio al Consorzio Leonardo Servizi e Lavori; ed anche volendo ammettere che tale procedura vi sia stata, essa non avrebbe ricevuto alcuna forma di pubblicità.

5. – Si sono costituite in giudizio AMA s.p.a. e il Consorzio Leonardo servizi e lavori, che, con le rispettive memorie, hanno eccepito l'infondatezza del ricorso in quanto la proroga tecnica di cui si è giovato il ricorrente avrebbe avuto la durata di un anno, desumibile dal corrispettivo parametrato a quello dell'affidamento di cui al bando n. 41\2019, e dunque sarebbe venuto a scadenza il 16 settembre 2022; in ogni caso, si sarebbe avverata la condizione risolutiva dell'affidamento in proroga, costituita dall'individuazione del nuovo contraente individuato in via d'urgenza ai sensi dell'art. 63 comma 2 lettera c) del d.lgs. n. 50\2016.

6. – Con ordinanza n. 6909\2022 è stata respinta l'istanza cautelare con la seguente motivazione: “Ritenuto che, specie sotto il profilo del pregiudizio lamentato, non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare, avuto riguardo anche alla breve durata dell'affidamento contestato e della prossima celebrazione della gara”.

7. – Con ricorso per motivi aggiunti notificato e depositato il 25 ottobre 2022, il Consorzio Stabile Impero ha altresì impugnato due atti che esso assume di avere conosciuto, rispettivamente, seguito di accesso in data 14 ottobre 2022 o di produzione in giudizio da parte di AMA il 17 ottobre 2022, ossia:

- la deliberazione del 14 settembre 2022 con la quale il Consiglio di Amministrazione di AMA ha statuito: “relativamente ai Cimiteri Verano, Laurentino e Suburbani: di attuare con la massima urgenza le più idonee soluzioni atte a consentire la temporanea internalizzazione delle attività di spazzamento e raccolta stradale nonché della manutenzione del verde orizzontale, fermo restando l’occorrente ribaltamento dei relativi costi in base ai Contratti di Servizio in essere con Roma Capitale; di procedere, prelieve le necessarie verifiche di legge, all’affidamento del servizio di pulizia degli uffici, degli edifici cimiteriali e dei bagni pubblici al Consorzio Stabile Leonardo (Socio esecutore Coop. Morelli), ai sensi dell'art. 63, comma 2 lett. c) del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50”;

- la determinazione adottata dalla Direzione Generale di AMA in data 17 ottobre 2022, n. 305, con la quale è stato autorizzato “l’affidamento ai sensi ai sensi dell’art. 63, comma 2 lett. c) del D.lgs. n. 50/2016, ed in conformità alla vigente Procedura Acquisti, in favore del Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile” per lo svolgimento delle attività afferenti al servizio di pulizia degli uffici, degli edifici cimiteriali e dei bagni pubblici presenti nei cimiteri Verano, Laurentino e suburbani, per un periodo massimo di 6 mesi, salvo che all’aggiudicazione della nuova procedura di cui al Bando AMA n. 22/2022 si pervenga anticipatamente, per un importo complessivo massimo di euro 338.295,04 oltre IVA”.

7. - Il ricorrente giustifica il proprio interesse a tale impugnazione affermando di intendere non solo partecipare alla nuova gara indetta da AMA, ma anche ad ottenere l’affidamento del contratto c.d. ‘ponte’, dal valore complessivo di euro 338.295,04 (stando a quanto si legge nella determinazione 305/2022), affidato da AMA al Consorzio Leonardo.

A questo fine esso svolge i seguenti motivi aggiunti.

1) Violazione e falsa applicazione dell’articolo 63, comma 2, lettera c), d.lgs. n. 50/2016. Difetto assoluto di motivazione. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Violazione dell’articolo 97 Cost. Violazione

dei principii di leale collaborazione, buon andamento, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e di libera concorrenza. Violazione e falsa applicazione degli articoli 4 e 30 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria. Violazione del principio di ragionevolezza. Disparità di trattamento. Violazione dell'articolo 3 Cost.

Nel caso di specie non sarebbero sussistiti i presupposti per l'applicazione della procedura prevista dall'articolo 63, comma 2, lettera c), d.lgs. n. 50/2016, dal momento che difetterebbe, da un lato, il requisito dell'estrema urgenza (poiché il contratto avrebbe potuto essere ulteriormente prorogato per il tempo ritenuto necessario per il completamento delle operazioni di gara, come fatto da AMA per gli altri Cimiteri Capitolini); e, inoltre, difetterebbe anche il requisito della non imputabilità della circostanza giustificatrice, in quanto il ritardo nell'indizione della procedura di gara non può essere addotto che ad AMA.

Inoltre, la motivazione sarebbe ulteriormente difettosa sul punto, in quanto la proroga sarebbe stata effettivamente disposta per il Cimitero Flaminio e a tutti i Cimiteri Capitolini, ai sensi dell'articolo 106, comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici, ma non per i Cimiteri Verano, Laurentino e Suburbani.

2) Violazione e falsa applicazione dell'articolo 106, comma 11, lettera c), d.lgs. N. 50/2016. Sviamento di potere. Eccesso di potere. Disparità di trattamento violazione dell'articolo 3 Cost.

Il contratto tra il Consorzio odierno ricorrente (gestore uscente del servizio) e AMA sarebbe ancora valido ed efficace in forza della proroga disposta dalla stessa Amministrazione con la determinazione n. 387/2021 con cui ne sarebbe stata prorogata la durata "per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura per l'individuazione di un nuovo contraente, ai sensi dell'art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016", come dispone l'articolo 106, comma 11, del Codice dei Contratti Pubblici richiamato da AMA, per cui "La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti

in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente”.

Tanto sarebbe attestato dal fatto che l'importo dello stanziamento iniziale (a letterale tenore del motivo) “potrebbe non essere ancora esaurito e il contratto essere ancora temporalmente valido” a causa della riscontrata (nelle more dell'affidamento) necessità di modifica del canone per la internalizzazione di una parte dei servizi affidati.

3) Violazione e falsa applicazione degli articoli 4 e 30 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria. Contraddittorietà ed illogicità manifesta. Violazione dell'articolo 50 del d.lgs. 50/2016.

Il motivo, formulato in termini ipotetici per la dichiarata mancanza di documentazione a supporto, pone alcuni interrogativi circa l'affidamento contestato:

- “non è chiaro come si sia pervenuti alla individuazione del Consorzio Leonardo come operatore qualificato a svolgere il servizio e, quindi, se abbia i requisiti per svolgerlo in concreto”;
- “appare decisamente singolare che il Consiglio di Amministrazione di AMA con la delibera n. 14 del 14 settembre 2022 abbia individuato il Consorzio Leonardo come assegnatario del servizio da svolgere nei cimiteri “Verano, Laurentino e Suburbani”, quando dalle premesse della determinazione n. 305/2022 si evince (anche se non risulta da alcun documento) che in data 2 settembre 2022 sia stata chiesta un'offerta economica al Consorzio Leonardo solo per il Cimitero Verano, mentre solo il 15 settembre 2022 (quindi dopo la delibera di Consiglio) anche una offerta per i Cimiteri Laurentino e Suburbani. In altre parole, il Consiglio di Amministrazione di AMA sembrerebbe aver assegnato al Consorzio Leonardo un servizio prima ancora

di ricevere una offerta economica per lo svolgimento del servizio presso i Cimiteri Laurentino e Suburbani”;

- quanto al criterio utilizzato per l'individuazione del Consorzio Leonardo, “non è dato sapere se il Consorzio Leonardo abbia svolto servizi analoghi e quale documentazione abbia prodotto a dimostrazione della propria esperienza. Il dubbio è legittimo, in quanto nella istanza di revoca della misura cautelare ante causam avanzata dal Consorzio Leonardo il 18 ottobre 2022 si legge che la stessa ha dovuto effettuare “rilevanti investimenti per eseguire la commessa”, evidentemente perché non aveva in dotazione la strumentazione...”.

4) violazione e falsa applicazione degli articoli 22 e ss. della legge n. 241/1990. Carenza di motivazione. Violazione del principio di trasparenza.

Il motivo lamenta il mancato accesso del ricorrente a “tutta la documentazione a qualunque titolo detenuta dalla stessa Società, anche di soggetti o enti terzi, relativa all'affidamento del servizio di pulizia e decoro nei cimiteri capitolini in favore del Consorzio Leonardo Servizi e Lavori, nonché della Cooperativa Morelli”, che al momento della proposizione dei motivi aggiunti, per espressa affermazione del ricorrente non sarebbe stato ancora soddisfatto, neppure mediante le avverse produzioni in giudizio.

8. – Le parti hanno scambiato le memorie ex art. 73 c.p.a., nel corso delle quali le resistenti hanno sollevato l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione per difetto di interesse (essendosi in tesi esaurito l'affidamento d'urgenza il 16 settembre 2022), oltre a contestarne la fondatezza.

9. – Il ricorso è stato posto in decisione alla pubblica udienza del 10 gennaio 2023.

10. – L'impugnazione deve essere respinta, in quanto infondata: si ritiene pertanto di prescindere dai profili di rito sollevati dalle resistenti.

Non possono essere accolti l'unico motivo di cui consta il ricorso introduttivo e le censure dei motivi aggiunti che lamentano l'illegittimità della scelta di

procedere ad un affidamento d'urgenza, in quanto, nella specie, sussistevano i presupposti per procedere ai sensi dell'art. 63 comma 2 lettera c) del d.lgs. n. 50\2016.

E' infatti nota la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali") e dall'art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell'art. 65, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Peraltro, il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016 consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario all'indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara sub iudice, con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687; Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827).

Pertanto, ciò che rileva ai fini della legittimità di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando è, sotto il profilo che qui viene in considerazione, che l'amministrazione si sia trovata in una situazione di estrema urgenza per via di eventi imprevedibili e non a sé imputabili, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto che hanno caratterizzato tempi e modalità di indizione della procedura di gara.

Nel caso in esame, tale procedura, come emerge dalla documentazione in atti, è già stata indetta con bando pubblicato sulla G.U.C.E. il 7 ottobre 2022, e prevedeva la scadenza del termine per la presentazione delle offerte per la data del 21 novembre 2022, con inizio delle operazioni di gara fissato per il 23 novembre 2022.

Inoltre, AMA, come da nota inviata al Consorzio ricorrente in data 14 ottobre 2022, ha deciso, dal 16 settembre 2022, di “reinternalizzare” alcuni servizi nel cimitero Verano, quali spazzamento meccanizzato strade e posizionamento e svuotamento trespoli posti a ridosso dei riquadri.

Anche per tale ultima ragione (al di là del carattere meramente ipotetico e dubitativo delle censure svolte sul punto dal Consorzio ricorrente nel secondo e nel terzo motivo aggiunto) proprio la data del 16 settembre 2022 segna la fine della proroga tecnica del precedente affidamento all’odierno ricorrente.

Nè risultano sufficienti elementi di prova del contrario, ossia che alla data del 16 settembre 2022 l’originario contratto fosse ancora efficace, non potendosi all’evidenza trarre utili elemento al riguardo dalla generica considerazione per cui “potrebbe non essere ancora esaurito e il contratto essere ancora temporalmente valido”: più in generale, le affermazioni del ricorrente non sono idonee a superare le difese di AMA sul punto, per cui –incontestata la scadenza dell’affidamento a regime avvenuta il 16 settembre 2021- la durata contestata (un anno) può essere agevolmente desunta dal seguente calcolo: canone mensile 57.040,20 X mesi 12 = 684.482,4 + fondo a consumo 64.285,72 = totale euro 748.768,12, cifra pari all’importo dell’affidamento in proroga (oltre oneri di sicurezza).

E, considerato che la sussistenza dei presupposti per ricorrere alla -pur eccezionale- procedura negoziata senza bando, ed il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta dello strumento più idoneo a garantire la continuità del servizio, nei limiti della sua sindacabilità in sede giurisdizionale, vanno valutati caso per caso (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827), nel caso di specie l’esiguo lasso di tempo in cui è destinato a svolgersi il contratto-ponte in essere con la controinteressata, in uno con la parziale internalizzazione del servizio, oltre alla già bandita gara per l’affidamento a regime, giustificano l’affidamento in via d’urgenza.

Tale affidamento, quindi, risulta conforme al disposto dell’art. 63, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016..

Infine, l'istanza di accesso ricompresa tra i motivi di impugnazione non risulta coltivata dal ricorrente nelle sue ultime difese, e in effetti è stata soddisfatta in allegato alla nota del 26 ottobre 2022 prot. n. 126530 di AMA.

11. - In conseguenza del rigetto della parte demolitoria del ricorso e dei motivi aggiunti per la riscontrata legittimità degli atti gravati, va altresì respinta ogni domanda risarcitoria, non sussistendo l'elemento costitutivo dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. rappresentato dall'antigiuridicità del preteso danno, inteso come fatto *contra ius e non iure datum*.

12. - Il ricorso e i motivi aggiunti, in conclusione, vanno respinti.

La peculiarità della fattispecie induce alla compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), respinge il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere

Achille Sinatra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Achille Sinatra

IL PRESIDENTE

Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO