



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 735 del 2012, proposto da:

Cooperativa Sociale COOSS Marche - Onlus Società Cooperativa per Azioni, rappresentata e difesa dall'avv. Pericle Truja, con domicilio eletto presso l'avv. Pericle Truja, in Ancona, via Lamaticci, n. 40;

contro

Comunità Montana dei Monti Azzurri, rappresentata e difesa dagli avv. Antonella Gamberoni, Luciano Birocco, con domicilio eletto presso l'Avv. Cristina Gazzani, in Ancona, via Giannelli 22;

nei confronti di

Cooperativa Polis, non costituita;

per l'annullamento, previa sospensione,

- della procedura di gara per l'affidamento di servizi e forniture per la gestione dei servizi di integrazione scolastica ed educativa domiciliare a soggetti disabili (numero gara 4456442 lotto C.I.G. 4512780FD9) , per un importo stimato di € 1.200.000,00, il cui bando è stato pubblicato dal 31.8.2012 al 21.9.2012 sul solo sito della Comunità Montana dei Monti Azzurri, omettendo ogni ulteriore forma di pubblicità;
- del provvedimento di rigetto dell'istanza di annullamento della gara o di riapertura dei termini della stessa, comunicato alla Coop. Sociale COOSS Marche e all'Avv. Pericle Truja con lettera protocollo 6017 dei 25/10/2012 ;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione della gara, se già intervenuto;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente ai provvedimenti impugnati, che comunque leda diritti ed interessi della ricorrente, compreso il bando nella parte in cui non prevede la pubblicizzazione della gara nelle forme di legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunità Montana dei Monti Azzurri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2012 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza 15/12//2012, n. 820;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La cooperativa ricorrente, che gestisce fino al 31/12/2012 i servizi sociali di integrazione scolastica ed educativa domiciliare in favore di soggetti disabili nel territorio della Comunità Montana dei Monti Azzurri, impugna gli atti indittivi della gara per l'affidamento dei servizi medesimi per l'anno 2013, contestando le modalità con cui l'amministrazione ha pubblicizzato l'indizione della gara medesima.

Espone al riguardo la ricorrente che:

- il bando è stato pubblicizzato solo sul sito internet istituzionale della Comunità per il periodo 31/8/2012-21/9/2012;
- essa ricorrente è venuta a conoscenza dello svolgimento della gara solo agli inizi del mese di ottobre ed ha in tal modo appreso che il termine per la presentazione delle offerte era scaduto il 21 settembre 2012;
- con due successive note ha diffidato la Comunità Montana ad annullare la procedura o, in subordine, a riaprire i termini di presentazione delle offerte;
- con nota del 25/10/2012 la Comunità Montana ha riscontrato le predette diffide, affermando che l'annullamento della procedura e la riapertura dei termini non erano possibili, visto che nelle more era stata già aperta l'unica offerta pervenuta.

2. COOSS Marche censura l'operato della Comunità Montana, deducendo:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 20 e 27 D.Lgs. n. 163/2006 e dei principi comunitari in materia di pubblicità dei bandi di gara (pur trattandosi nella specie di un servizio riconducibile all'allegato IIB del D.Lgs. n. 163/2006, ugualmente la stazione appaltante avrebbe dovuto porre in essere le ordinarie forme di pubblicità del bando, come affermato in numerose pronunce giurisdizionali e come ribadito anche dalla Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa 1° agosto 2006, C- 179/02. In tale senso, la sola pubblicazione del bando sul sito internet della Comunità Montana non è sufficiente, il che è dimostrato anche dal fatto che alla gara ha partecipato un solo concorrente);
- in ogni caso, è stato violato l'art. 27 del D.Lgs. n. 163/2006, visto che l'amministrazione non ha esteso l'invito ad almeno cinque operatori del settore, ed in particolare al gestore uscente del servizio;
- il difetto di motivazione della scelta compiuta dalla stazione appaltante.

3. Si è costituita l'amministrazione intimata, formulando una serie di eccezioni preliminari e chiedendo in ogni caso il rigetto nel merito del ricorso.

Alla camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare il Collegio ha dato alle parti avviso della possibilità di definire il giudizio già in questa sede con sentenza in forma immediata, non riscontrando alcuna riserva o eccezione al riguardo.

4. Ciò premesso, il ricorso va respinto nel merito, il che consente al Tribunale di prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari (peraltro, l'eccepita inammissibilità del ricorso per omessa notifica alla cooperativa controinteressata sicuramente sussiste, in quanto nel corso della discussione orale il difensore della ricorrente non è stato in grado di spiegare da dove è stato desunto l'indirizzo della sede legale della controinteressata in cui è stato notificato il ricorso - indirizzo che non corrisponde a quello desumibile dal certificato camerale depositato in giudizio dalla Comunità Montana - né, come detto, ha chiesto un termine per poter controdedurre all'eccezione).

5. Tomando al merito, la presente controversia ripropone l'annosa questione dell'applicazione delle norme e dei principi delle direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004 e quindi del D.Lgs. n. 163/2006 agli appalti relativi ai

settori ed ai contratti “esclusi”.

Nella specie si tratta di servizio ascrivibile ad una delle categorie menzionate dall'allegato IIB al c.d. Codice dei contratti pubblici, la cui disciplina, come correttamente rilevato dalla stessa ricorrente, è desumibile dagli artt. 20 e 27 del D.Lgs. n. 163/2006.

6. Peraltro, parte ricorrente, pur muovendo da premesse corrette, non perviene a conclusioni condivisibili, atteso che:

a) nella richiamata comunicazione interpretativa 2006/C 179/02, la Commissione Europea, sintetizzando i principi affermati nel corso degli anni dalla Corte di Giustizia CE in materia di appalti c.d. esclusi, proprio con riferimento alla questione dibattuta nel presente giudizio, ha avuto modo di chiarire che “...*Spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti. La loro scelta deve essere guidata da una valutazione dell'importanza dell'appalto per il mercato interno, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato. Quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura. In particolare, un'adeguata trasparenza per gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE il cui importo superi le soglie di applicazione di tali direttive implica di solito la pubblicazione in un mezzo di comunicazione largamente diffuso. Quali forme di pubblicità adeguate e frequentemente utilizzate, è opportuno citare:*

- Internet

L'ampia disponibilità e la facilità di utilizzazione di Internet rendono gli avvisi pubblicitari di appalti pubblicati sui siti molto più accessibili, in particolare per le imprese di altri Stati membri e le PMI interessate ad appalti di importo limitato. Internet offre un'ampia gamma di possibilità per la pubblicità degli appalti pubblici:

Gli avvisi pubblicitari sul sito Internet dell'amministrazione aggiudicatrice sono flessibili ed efficaci sotto il profilo dei costi. Essi devono essere presentati in modo che i potenziali offerenti possano venire a conoscenza delle informazioni agevolmente. Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre prevedere di pubblicare tramite Internet informazioni su future aggiudicazioni di appalti non disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» nel quadro del loro profilo di committente.

I portali Internet creati specificamente per gli avvisi pubblicitari di appalti hanno una visibilità più elevata e possono offrire maggiori opzioni di ricerca. Sotto questo profilo, la creazione di una piattaforma specifica per gli appalti di valore limitato con una directory per i bandi di gara con sottoscrizione via e-mail rientra tra le migliori pratiche, in quanto sfrutta appieno le possibilità offerte da Internet per accrescere la trasparenza e l'efficienza...

..”. Nel prosieguo, naturalmente, la Commissione cita anche le altre più tradizionali forme di pubblicità, ma non si può fare a meno di notare che proprio il mezzo prescelto nella specie dall'amministrazione intimata è quello menzionato per primo nella comunicazione interpretativa del 1° agosto 2006;

b) pur non rivestendo alcun valore normativo, l'opinione autorevole della Commissione Europea costituisce pur sempre una guida per l'interprete, visto che una delle finalità principali degli organismi comunitari in materia di appalti pubblici è proprio quella di rendere sempre più ardua alle stazioni appaltanti nazionali la prassi di pubblicizzare in maniera inadeguata le gare ad evidenza pubblica. Pertanto, se anche in presenza di appalti di cui all'allegato IIB di importo superiore alla soglia comunitaria la pubblicità del bando sul solo sito internet della stazione appaltante è ritenuta misura adeguata allo scopo, nella specie l'operato dell'amministrazione va esente da qualsiasi rilievo in punto di legittimità e ciò anche in ragione del chiaro disposto dell'art. 20 del Codice dei contratti pubblici (nella specie, peraltro, il bando è stato pubblicato anche sul sito dell'A.V.C.P., a riprova del fatto

che la Comunità Montana non aveva alcuna intenzione di rendere “inaccessibile” la presente gara);

c) l'amministrazione resistente, anche su questo senza ricevere alcuna smentita dalla ricorrente, ha evidenziato che la forma di pubblicità adottata nel 2012 è la stessa posta in essere negli anni precedenti, in occasione delle procedure in cui è risultata aggiudicataria la cooperativa COOSS. Inoltre, è stato evidenziato che, essendo nota a COOSS la data di scadenza del vigente contratto (31/12/2012), la ricorrente avrebbe dovuto farsi parte diligente per conoscere gli intendimenti della stazione appaltante e la data di pubblicazione del bando relativo alla nuova gara;

d) il Tribunale ritiene che quest'ultimo argomento, che di per sé solo non sarebbe sufficiente a decretare il rigetto del ricorso, nella specie rafforza l'operato dell'amministrazione, non essendovi dubbio alcuno sul fatto che il gestore uscente di un servizio che intenda partecipare alle successive gare indette dalla stessa amministrazione, così come gode, in sede di formulazione dell'offerta, dei vantaggi derivanti dalla c.d. asimmetria informativa rispetto agli altri concorrenti, è per converso tenuto ad una maggiore diligenza in sede di gara, visto che è lecito presumere che egli conosca meglio degli altri partecipanti le regole della procedura e non può quindi normalmente fruire del c.d. soccorso istruttorio;

e) le decisioni del giudice amministrativo richiamate in ricorso si riferiscono a casi in cui la pubblicità della gara era stata interamente omessa dalle stazioni appaltanti, mentre nella specie, come si è chiarito, la pubblicità vi è stata. Parte ricorrente identifica probabilmente la pubblicità prevista dal Codice dei contratti solo con quella attuata con i tradizionali strumenti cartacei, ma questa visione del mondo è ormai da ritenere superata. Fra l'altro, non si comprende quale sia per un operatore economico, in punto di gravosità degli oneri, la differenza fra la consultazione giornaliera della G.U.R.I. o della G.U.C.E. o dei Bollettini regionali o degli Albi pretori delle amministrazioni aggiudicatrici e la consultazione dei siti internet degli enti aggiudicatori. Tenuto conto dell'esistenza di efficienti motori di ricerca (nonché di siti informatici che hanno quale finalità proprio quella di segnalare alle ditte interessate gli appalti più significativi) è anzi da ritenere più agevole per un operatore economico la consultazione dei siti informatici piuttosto che delle tradizionali pubblicazioni cartacee;

f) la disposizione di cui all'art. 27, comma 1, secondo periodo, del D.Lgs. n. 163/2006 si riferisce ovviamente a casi in cui il bando non è pubblicato, non essendo logico e ragionevole prescrivere un doppio onere a carico delle stazioni appaltanti, ossia la previa pubblicazione del bando e, laddove pervenga un numero di manifestazioni di interesse o di offerte inferiore a cinque, l'estensione dell'invito ad altri operatori (i quali verrebbero fra l'altro individuati secondo criteri non meglio definiti), in modo che si abbiano comunque cinque concorrenti;

g) per tutto quanto detto in precedenza, va anche respinta la censura con cui si deduce il difetto di motivazione. In effetti, poiché la forma di pubblicità prescelta rientra fra quelle ammissibili e poiché le stesse vanno ritenute equipollenti fra loro, la decisione della Comunità Montana non necessitava sul punto di specifica motivazione. Peraltro, la motivazione è stata indirettamente esposta dalla difesa dell'amministrazione, laddove ha evidenziato che anche negli anni passati i bandi erano stati pubblicati solo sul sito informatico dell'ente.

7. Per tutto quanto precede, il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna la ricorrente al pagamento in favore dell'intimata Comunità Montana delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in € 1.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2013

IL SEGRETARIO

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