



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 954 del 2013, proposto da:
Italgreen Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Monti, con domicilio presso Segreteria
T.A.R. in Brescia, via Carlo Zima, 3;

contro

Comune di Botticino, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Fontana e Italo Ferrari, con
domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, via Diaz, 28;

nei confronti di

Mast Srl, n.c.;

per l'annullamento

della determinazione n. 335 dell'8/10/2013 avente ad oggetto "Lavori di rifacimento in erba
sintetica del tappeto di gioco dello stadio comunale Centro Lucia - Aggiudicazione definitiva - Ditta
Mast srl", nonchè di ogni altro atto connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Botticino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 il dott. Giorgio Calderoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Onde riepilogare l'essenziale quadro giuridico-fattuale - in relazione al quale il Collegio ha ravvisato, all'odierna Camera di Consiglio, la sussistenza dei presupposti per l'adozione di una sentenza in forma semplificata - risponde a complessivi criteri di snellezza ed economicità riportare di seguito la parte motiva del decreto presidenziale 14 novembre 2013, n. 537, di sospensione provvisoria dei provvedimenti impugnati:

<< 1. La presente controversia ha ad oggetto la procedura negoziata indetta, ex art. 122 comma 7 Cod. Contr., dal Comune di Botticino per l'aggiudicazione dei lavori di rifacimento in erba sintetica del tappeto di gioco campo di calcio/rugby (determina 24.9.2013, n. 321).

2. In quanto operante nel suddetto settore economico, l'impresa ricorrente è titolare di un interesse qualificato e tutelato a che alla procedura negoziata l'impresa stessa sia almeno invitata (in termini: Consiglio di Stato sez. III, 10/01/2013, n. 99).

3. Quanto alla scelta delle imprese da invitare, essa non ricade nell'ambito di una insindacabile discrezionalità dell'amministrazione: invero, il citato comma 7 dell'art. 122 rinvia, in relazione ai criteri di scelta delle imprese da invitare, al comma 6 dell'art. 57, a mente del quale le stazioni appaltanti devono effettuare a tal fine una accurata ricognizione del mercato, assumendo informazioni circa le caratteristiche di qualificazione economico - finanziaria e tecnico - organizzativa delle imprese che avrebbero i requisiti per eseguire i lavori, e procedere alla loro selezione utilizzando criteri trasparenti che consentano a turno a tutte le imprese interessate di accedere alle commesse di volta in volta approvate.

Ciò comporta - secondo una condivisibile giurisprudenza (cfr. T.A.R. Milano, sez. I, 6/12/2012 n. 2941) - che, ove la stazione appaltante non voglia pubblicare un avviso o non disponga di propri elenchi aperti di imprese da invitare a rotazione, deve, in ogni caso, predeterminare ex ante precisi criteri di ricognizione del mercato e selezione delle imprese che potenzialmente potrebbero essere interessate all'appalto, tenendo conto del principio di rotazione.

4. Secondo l'Autorità di Vigilanza Contr. Pubbl. (determinazione n. 2/2011) l'indagine di mercato è "...preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, quindi i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare...".

5. Nella specie, né la menzionata determina 321/2013 né la successiva determina 8.10.2013, n. 335 (di approvazione dell'aggiudicazione definitiva alla controinteressata Mast) danno conto dell'avvenuta effettuazione di detta indagine di mercato.

6. In questa fase di fisiologica assenza del contraddittorio, si rivelano, dunque, dotate di consistenza le censure con cui la Società ricorrente deduce la violazione delle norme del Codice contratti sin qui citate e dei principi in esse richiamate, nonché i vizi di difetto di istruttoria e di motivazione.

7. In punto di fatto, la stessa società ricorrente ha dimostrato che, allo stato attuale, non risultano ancora iniziati i lavori di rifacimento del manto erboso.

8. Sono, pertanto, ravvisabili in fatto e in diritto i presupposti per la concessione delle misure cautelari monocratiche da essa richieste, nelle more dell'ordinaria trattazione dell'incidente cautelare alla prima Camera di consiglio processualmente utile (28 novembre 2013).

9. In vista di tale trattazione collegiale si rende, altresì, necessario disporre apposito incumbente istruttorio, nel senso di ordinare al Responsabile dell'area tecnica del Comune di Botticino, arch. Mauro Peruzzi, di depositare presso la Segreteria di questo T.A.R., entro le ore 12 del giorno 25 novembre 2013, copia dell'intera documentazione istruttoria e amministrativa afferente alla gara di cui è causa.>>.

II. Il Comune si è costituito in giudizio il 22 novembre 2013 producendo documentazione e così adempiendo al suddetto incumbente.

III.1. Dall'esame di detta documentazione si evince in particolare che la circostanza del previsto svolgimento il giorno 14 marzo 2014 della partita internazionale di rugby "Sei Nazioni" risulta adottata unicamente quale ragione di consegna anticipata dei lavori all'attuale controinteressata in pendenza di stipula del contratto (cfr. nota 22.10.2013 n. 12679 del Responsabile del procedimento, il quale richiama con tutta probabilità – pur senza menzionarne gli estremi - la comunicazione in tal senso della Società Botticino Rugby Union, protocollata dal Comune il 24 luglio 2013 sub n. 9413).

III.2. A sua volta, la deliberazione giuntale 20.11.2013, n. 152 di resistenza in giudizio conferma (primo "considerato" delle premesse) che la consegna sotto riserva di legge è stata effettuata al fine di consentire il tempestivo conseguimento della omologazione necessaria, come da (ulteriore) richiesta della medesima società sportiva, assunta a protocollo con il n. 12764 del 23/10/2013.

III.3. Tuttavia, né la determina 24 settembre 2013 n. 321 di approvazione del progetto e della lettera di invito, né la successiva determina 8 ottobre 2013, n. 335 di aggiudicazione definitiva a Mast srl danno atto della suddetta ragione di urgenza, pur rappresentata all'Amministrazione sin dal 24 luglio 2013, mentre invece danno entrambe atto (cfr. rispettive premesse) di una qual certa "ordinarietà" e prevedibilità dell'intervento de quo, in quanto inserito nel piano triennale delle opere per l'anno 2013.

III.4. Dal che esce confutato il principale argomento dispiegato dal Comune nelle proprie difese, tanto scritte quanto orali, per contrastare le censure di violazione dell'art. 122 comma 7 e 57 comma 6 D. Lgs. 163/2006, svolte ai punti 1.1. e 1.2. del ricorso introduttivo: e cioè che le scelte dell'amministrazione (in ordine all'esperimento della procedura negoziata e all'utilizzo della modalità del sorteggio di cinque ditte tra le sette che avevano manifestato il proprio interesse) siano state dettate dalla "necessità di utilizzare di utilizzare siffatta procedura (...) proprio in ragione della situazione di urgenza manifestatasi in ordine all'evento sportivo internazionale che dovrà realizzarsi nel comune" (il corsivo è nel testo del passo presentea pag. 5 della memoria comunale 22 novembre 2013).

IV. In ogni caso, non è dato comprendere quale sia la ragione di urgenza sottesa alla scelta di effettuare un sorteggio tra le 7 ditte che avevano in precedenza fatto pervenire al Comune la propria manifestazione di interesse per l'esecuzione dei lavori di cui si tratta, quando:

i) la norma di cui i controversi atti comunali intendono fare dichiarata applicazione (art. 122 comma 7 Cod. contr.) stabilisce in 5 il numero minimo di ditte da invitare (questa volta il corsivo è

dell'estensore), disponendo espressamente che l'invito debba essere rivolto ad almeno cinque soggetti (corsivo nuovamente dell'estensore);

ii) in un'ottica di celerità e speditezza (esigenze queste espressamente enunciate dal Comune, a sostegno della scelta del sorteggio, nel penultimo capoverso della citata pag. 5) l'effettuazione del sorteggio costituisce, infatti, un adempimento ulteriore, svolto dal RUP il 25 settembre 2013 all'indomani della menzionata determina n. 321/2013 (cfr. doc. 4 del Comune), così tuttavia ritardando di un giorno la spedizione della lettera di invito (avvenuta il successivo 26 settembre);

iii) né il sorteggio è giustificato dalla necessità di ridurre a un numero ragionevole la platea delle ditte da invitare, essendo solo sette quelle che avevano manifestato il proprio interesse e avendo il sorteggio ottenuto l'unico risultato di escludere due di tali ditte, riportando quelle invitate al numero minimo di legge e precludendo al Comune la possibilità di poter scegliere tra più offerte in gara e concorrenti tra loro;

iv) anzi, il risultato finale della riduzione per sorteggio è stato che il Comune si è trovato a dover valutare un'unica offerta valida, essendo state presentate solo due offerte, delle quali una non è stata ammessa (cfr. verbale 8 ottobre 2013 della procedura negoziata).

V. Il tutto, senza che si sia svolta l'apposita indagine di mercato prescritta dall'art. 57 comma 6 Cod. contratti: l'argomento difensivo usato dal Comune per sostenere la non necessità di detta indagine (pag. 6 memoria 22.11.2013) per un verso si affida ancora all'urgenza discendente dalla "rilevante manifestazione sportiva in previsione" (urgenza non evidenziata negli atti di indizione della procedura e, dunque, non utilizzabile in sede giudiziale); e, per altro verso, risulta intrinsecamente contraddittorio perché valorizza proprio le manifestazioni di interesse che erano pervenute all'Ente, quando quest'ultimo ha invece inopinatamente deciso di intaccare la complessiva integrità della fonte di conoscenza che dette manifestazioni preventive potevano costituire, eliminando dalle ditte da invitare due imprese tra quelle che avevano manifestato il proprio interesse.

Invero delle due l'una:

- o le preventive manifestazioni di interesse pervenute valevano quale sostanziale indagine di mercato e allora tutte le imprese dovevano essere invitate;

- o le imprese che avevano manifestato il proprio interesse potevano essere selezionate solo previa indagine di mercato e sulla base dei criteri economici che ne fossero derivati.

VI. Non possono di conseguenza che essere confermate in questa sede le considerazioni già svolte nel decreto monocratico n. 537/2013, e cioè che:

a) che il mancato svolgimento della preventiva indagine di mercato (con contemporanea esclusione di due ditte che avevano manifestato il proprio interesse) integra violazione del citato art. 57 comma 6;

b) che dall'esclusione della Società ricorrente per effetto del sorteggio svoltosi il 25 settembre 2013 ne è derivata la lesione del suo interesse qualificato e tutelato ad essere invitata alla procedura de qua.

VII. Ne risulta la fondatezza delle censure svolte sub 1.1. e 1.2. dalla Società ricorrente: il che è sufficiente a determinare l'annullamento degli atti impugnati, con conseguente obbligo di

rinnovazione, da parte del Comune, dell'invito a partecipare rivolto, oltre che alle 5 ditte già invitate, anche alla ricorrente e secondo le precisazioni di cui al successivo capo IX.

Il che esime il Collegio dall'esaminare la censura sub 1.3. del ricorso introduttivo in esame.

VIII. Al punto 2 di detto ricorso la Società ricorrente chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata.

Sul punto il Comune tace né ha prodotto copia di alcun contratto, per cui è da presumere – essendo i lavori stati consegnati in via anticipata – che detta stipulazione non sia intervenuta.

Nell'eventualità contraria, la presente pronuncia vale quale declaratoria di inefficacia del contratto sottoscritto.

A maggior ragione, va confermato in via definitiva l'ordine di immediata sospensione dei lavori impartito nel decreto n. 537/2013.

IX. Esulano evidentemente dalla presente controversia e da questa sede giudiziale tutte le questioni che attengono a detta consegna anticipata e ai relativi lavori medio tempore effettuati, pur dovendo necessariamente l'attuale stato dei luoghi essere tenuto in considerazione dal Comune ai fini della determinazione dell'importo a base d'asta della nuova procedura negoziata.

Ugualmente, nella riedizione della procedura il Comune potrà eccezionalmente non effettuare, nel caso di specie, una preventiva e apposita indagine di mercato, a condizione che motivi espressamente in punto di urgenza e che inviti tutte le ditte che avevano a suo tempo manifestato il proprio interesse.

X. In conclusione, il ricorso deve essere accolto nei sensi che precedono e i provvedimenti impugnati devono essere annullati, agli effetti e con le conseguenze sopra specificate.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in euro 4.000, oltre accessori di legge, a carico del Comune.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo ACCOGLIE e conseguentemente annulla gli atti impugnati, agli effetti e con le ulteriori conseguenze specificate in motivazione.

Condanna il Comune di Botticino a rifondere alla ricorrente:

- le spese di lite, liquidate in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00) netti, oltre gli accessori di legge;
- il contributo unificato dalla stessa anticipato.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2013

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO