

Pubblicato il 28/06/2018

N. 03989/2018REG.PROV.COLL.

N. 03717/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3717 del 2017, proposto da:
Pace Rocco Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rocco De Bonis, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.B. Martini, n.2;

contro

Provincia di Potenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuela Luglio, con cui è domiciliata ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti

Geoset s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Savino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, Piazza San Bernardo, n. 101;
Ciaglia Costruzioni s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA, Sezione I, n. 00194/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Potenza e di Geoset s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Rocco De Bonis, Vincenzo Savino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 502 del 24 febbraio 2016 la Provincia di Potenza (d'ora in avanti anche soltanto "*la Provincia*") ha indetto una procedura negoziata, senza pubblicazione del bando, mediante gara informale ai sensi degli articoli 122, comma 7, e 57, comma 6, del d.lgs. 163 del 2006, per l'affidamento dei lavori di "*consolidamento e messa in sicurezza della strada "Ponte Tiera" - Serra Coppoli- Cancellara*", per un importo a base d'asta di euro 701.341,254, da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso.

Tale procedura è stata disciplinata dalla lettera di invito del 15 marzo 2016, inoltrata alle imprese preventivamente selezionate dall'amministrazione appaltante, tra le quali anche la società Pace Rocco Costruzioni s.r.l. (d'ora in avanti anche solo Pace Rocco) che, all'esito della gara, è risultata seconda classificata, dietro la Geoset s.r.l. (d'ora in avanti anche solo Geoset), dichiarata aggiudicataria.

La Pace Rocco ha formalmente chiesto alla Provincia di provvedere all'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara in quanto la stessa non era stata neppure invitata a partecipare, ma la richiesta è stata respinta con nota del 5 luglio 2016 a firma del Responsabile dell'Ufficio Contratti, secondo cui la Geoset s.r.l. avrebbe avuto titolo a partecipare in quanto cessionaria, in virtù di atto di cessione intervenuto "*in corso di gara*", di un ramo di azienda della ditta Ciaglia Costruzioni s.r.l., impresa invitata alla procedura.

2. Con la sentenza 8 marzo 2017, n. 194, il TAR per la Basilicata ha respinto il ricorso della Pace Rosso per l'annullamento dell'ammissione alla procedura e della successiva aggiudicazione alla Geoset s.r.l. della gara indetta dalla Provincia di Potenza per l'affidamento dei lavori di consolidamento e messa in sicurezza della strada Ponte Tiera – Serra Coppoli – Cancellara: disattese le eccezioni preliminari di irricevibilità del ricorso, il predetto tribunale ha in sintesi rilevato che la previsione dell'art. 122, comma 7, del D. Lgs. n. 163 del 2006 non ostava alla partecipazione alla gara *de qua* anche di una ditta non invitata, che peraltro nel caso di specie era cessionaria di altra ditta invitata, qualora ciò non compromettesse le esigenze di celerità e speditezza poste a fondamento della derogatoria previsione del predetto art. 122, comma 7 (tanto più che ammettere tale partecipazione rispondeva anche al più generale principio del *favor participationis*).

3. Di tale sentenza la Pace Rocco ha chiesto la riforma, deducendone la erroneità e l'ingiustizia alla stregua di un unico articolato motivo di gravame, rubricato "*errores in iudicando*; mancata motivazione su un punto determinante della controversia; violazione e falsa applicazione degli

articoli 51, 53, 57, 62 e 122, comma 7, del D.lgs. 163 del 2006, nonché della *lex specialis* della procedura; travisamento ed erronea valutazione dei presupposti di fatto”.

Hanno resistito al gravame la Provincia di Potenza, deducendone l’inammissibilità e l’infondatezza, e la Geoset s.r.l. che, oltre all’infondatezza, ha eccepito anche l’irricevibilità per tardività dell’appello.

4. Respinta la domanda cautelare con la ordinanza 3169 del 27 luglio 2017, all’udienza pubblica del 25 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L’infondatezza nel merito dell’appello, alla stregua delle osservazioni che seguono, esime la Sezione dall’esaminare le eccezioni sollevate dalla Geoset, eccezioni che tuttavia sono infondate, sia quella di irricevibilità dell’appello, potendosi richiamare al riguardo la sentenza di questa stessa Sezione 22 gennaio 2015, n. 275; sia quella di inammissibilità per asserita carenza di interesse, essendo ancora astrattamente possibile il subentro nel contratto i cui lavori non sono completamente eseguiti.

2. Secondo l’appellante il provvedimento di aggiudicazione in favore della Geoset s.r.l. e la sentenza che ne avrebbe riscontrata la legittimità sarebbero palesemente viziate da violazione e falsa applicazione degli articoli 51, 53, 57, 62 e 122, comma 7, del D.lgs. 163 del 2006, nonché della *lex specialis* della procedura, per aver ritenuto inopinatamente ammissibile la partecipazione alla gara dell’aggiudicataria che in realtà non era stata neppure invitata, tanto più che la stessa si era resa cessionaria del ramo di azienda della ditta Ciaglia, questi sì invitata alla gara, ben prima dell’invio degli inviti da parte dell’amministrazione appaltante.

3. Tale assunto non è condivisibile.

3.1. Premesso in punto di fatto che la procedura di gara di cui si discute, come già accennato in precedenza, era regolata dalla lettera d’invito e richiamava espressamente l’art. 53, comma 2, lett. a), e l’art. 122, comma 7, del D. Lgs. n. 163/2006, si osserva che l’art. 122, dettando la disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia, al comma 7 dispone che “*I lavori di importo complessivo inferiore ad un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall’art. 57, comma 6; l’invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, al almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, al almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei a tali numeri...*”.

L’art. 57 del D. Lgs. n. 163/2006, regolando la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, al comma 6, stabilisce che “*Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico – finanziaria e tecnico – organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l’operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose secondo il prezzo più basso o dell’offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di*

qualificazione previsti per l'affidamento dei contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando”.

Le norme richiamate nella lettera d'invito delineano in definitiva una disciplina speciale, applicabile per l'appalto di lavori di importo inferiore a un milione di euro (nel caso di specie €. 701.341,25), che, pur nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, affida esclusivamente all'amministrazione, non essendo prevista la previa pubblicazione del bando di gara, l'individuazione degli operatori economici astrattamente idonei a svolgere la prestazione e pertanto invitati a presentare l'offerta, ispirandosi a principi di snellimento e celerità della procedura giustificato dall'importo stesso dei lavori da appaltare.

Trattandosi pertanto di una procedura speciale e derogatoria dei principi di pubblicità, come tale limitativa dell'altro principio della massima partecipazione possibile posto a tutela della concorrenza, le relative disposizioni devono essere oggetto di stretta interpretazione.

3.2. Ciò precisato la Sezione è dell'avviso che se, in ragione del potere riconosciuto all'amministrazione di individuare gli operatori economici idonei a partecipare e pertanto invitati a partecipare alla gara, un operatore economico non possa vantare alcun diritto ad essere invitato a partecipare a tale tipo di gara (potendo eventualmente, qualora sussista una posizione legittimante e l'interesse, ricorrere nei confronti della scelta discrezionale della amministrazione appaltante dell'individuazione dei soggetti da invitare), non può negarsi ad un operatore economico, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell'offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento semplificato delineato dall'art. 122, comma 7, e 57, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006: conseguentemente anche gli altri partecipanti, in quanto invitati, non possono dolersi della partecipazione alla gara di un operatore economico e tanto meno dell'aggiudicazione in favore di quest'ultimo della gara, salva evidentemente la ricorrenza di vizi di legittimità diversi dal fatto della partecipazione in quanto non invitato.

Una simile interpretazione è conforme non solo e non tanto al solo principio del *favor participationis*, costituendo piuttosto puntuale applicazione dell'altro fondamentale principio di concorrenza cui devono essere ispirate le procedure ad evidenza pubblica e rappresentando contemporaneamente anche un ragionevole argine, sia pur indiretto e meramente eventuale, al potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di scelta dei contraenti.

E' appena il caso di aggiungere che tali conclusioni non si pongono in contrasto né con l'art. 3, comma 40, del d.lgs. n. 163 del 2006 (norma che, nel definire il concetto di “procedura negoziata”, si riferisce alle gare “in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti”), né con l'art. 62, comma 5, del medesimo d.lgs. (a norma del quale “Le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti”), dal momento che tali disposizioni disciplinano i diversi profili del potere di scelta dell'amministrazione di individuare i partecipanti e della libertà dell'attività d'impresa, non potendo la partecipazione ad una gara di appalto essere imposta agli operatori commerciali.

4. Sulla scorta delle osservazioni svolte l'appello deve essere respinto, ma la novità e la peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO