

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - All'unica ditta che ha svolto il sopralluogo obbligatorio assistito - Previsto a pena di esclusione - Legittimità - Circostanza che un altro concorrente abbia diretto domanda per effettuare il sopralluogo - Ove detto concorrente non abbia diligentemente sollecitato tale sopralluogo - Irrilevanza.

Tar Campania - Napoli, Sez. I, 23 novembre 2021, n. 7452

“[...] Il Collegio è dell'avviso che non vi siano gli estremi per invocare il legittimo affidamento, atteso che, sebbene l'amministrazione comunale non ha fornito riscontro alla sua richiesta di sopralluogo, inviata ritualmente all'indirizzo PEC indicato nell'avviso, non vi era alcun elemento per potere dedurre che la mancata risposta fosse sintomatico di una interruzione della procedura o di una proroga dei termini.

Questo nemmeno se si collega questo episodio con l'annullamento in autotutela [...] da parte degli operatori economici – del previsto appuntamento per il sopralluogo.

Le due situazioni non sono confrontabili tanto più che, in quella circostanza, la Stazione appaltante intervenne con un atto espresso proprio per invalidare il precedente avviso.

Pertanto, la mancata risposta non poteva che essere interpretata come un mero inadempimento da parte della stazione appaltante nei confronti del quale la ricorrente, considerati anche i margini di tempo a disposizione, avrebbe potuto rimediare tramite sollecito [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 il dott. Gianmario Palliggiano, presente l'avv. V. Natale;

Visto l'art. 120, comma 6, c.p.a.

Dato avviso ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

1.- Con nota prot. n. 8567 del 28 maggio 2021, il Comune di Sant'Agnello aveva pubblicato un Avviso pubblico esplorativo – ai sensi dell'art.36, co.2 lett. b), d. lgs. 50/2016 – finalizzato a raccogliere una manifestazione d'interesse a partecipare alla procedura negoziata per affidare i servizi di architettura e ingegneria relativi alla progettazione dei lavori di adeguamento e messa in sicurezza dell'ascensore comunale ubicato in P.zza Marinella. A tale manifestazione d'interesse sarebbe seguita la procedura per individuare l'operatore economico al quale affidare in concreto la progettazione.

Tra le diverse disposizioni, l'art. 5 dell'avviso precisa che: "Gli operatori economici che intendono manifestare il proprio interesse alla partecipazione alla presente procedura, dovranno effettuare un sopralluogo obbligatorio assistito dalla stazione appaltante. ... Le richieste di sopralluogo potranno pervenire entro e non oltre le ore 12.00 del 8.06.2021.... Data l'obbligatorietà del sopralluogo, oltre all'istanza allegata al presente avviso, gli operatori economici dovranno allegare l'attestazione di presa visione, pena l'esclusione dalla successiva procedura negoziata."

Il successivo art. 6 fissa il termine di presentazione delle candidature alle ore 12.00 del 15 giugno 2021, precisando che si sarebbe proceduto all'espletamento della procedura di gara anche in presenza di un'unica manifestazione d'interesse.

La ricorrente, Era Ascensori, in persona del titolare Fabiano Albano, con nota PEC regolarmente inviata e consegnata alla stazione appaltante il 3 giugno 2021, chiedeva di effettuare il sopralluogo. L'amministrazione, tuttavia, non forniva riscontro alla richiesta. A questo punto la ricorrente, in considerazione dell'obbligatorietà del sopralluogo, come prescritto dall'illustrato art. 5 dell'Avviso pubblico, rinunciava a presentare la propria candidatura entro la prevista data di scadenza, ossia il 15 giugno 2021.

Senonché, in data 29 settembre 2021, il Comune di Sant'Agnello pubblicava la determina protocollo di settore n. 70 e protocollo generale n. 716 del 17 settembre 2021, con la quale affidava il servizio in gara in argomento all'operatore ing. Giuseppe De Angelis, precisando in motivazione quanto segue:

- nei termini previsti, era pervenuta una sola adesione alla manifestazione d'interesse, quella da parte dell'operatore economico ing. Giuseppe De Angelis;
- nell'avviso pubblico era chiarito che la successiva procedura negoziata sarebbe stata implementata anche in presenza di una sola adesione;
- l'unico operatore che aveva aderito alla manifestazione d'interesse aveva espletato il sopralluogo obbligatorio ed aveva dimostrato il possesso dei requisiti professionali richiesti;
- sulla piattaforma MEPA era stata inviata la richiesta di offerta prot. n. 13241 del 27 agosto 2021 all'operatore economico ing. Giuseppe De Angelis;
- il suddetto, nei termini previsti e mediante la piattaforma MEPA, aveva a sua volta proposto un ribasso del 2,00% rispetto al corrispettivo a base della procedura.

2.- Con l'odierno ricorso, notificato il 27 ottobre 2021 e depositato il successivo 29, Fabiano Albano, in proprio e nella qualità di titolare della ditta Era Ascensori, ha impugnato la predetta determina ai fini del suo annullamento, previa sospensione cautelare.

Ha dedotto, in sintesi, le seguenti censure:

1) violazione di legge, eccesso di potere in relazione all'art. 5 dell'Avviso pubblico esplorativo, disposizione che richiedeva come circostanza obbligatoriamente propedeutica alla manifestazione d'interesse il sopralluogo da parte degli operatori economici, da richiedere a mezzo PEC entro la data dell'8 giugno 2021 e da eseguirsi con l'assistenza della stazione appaltante.

Ne consegue che il mancato riscontro da parte di quest'ultima alla richiesta e la peculiarità della procedura intrapresa hanno generato il legittimo affidamento della società ricorrente circa il fatto che la gara fosse stata interrotta o che vi fosse stata una proroga dei termini; il che ha di fatto impedito all'operatore economico di presentare la propria manifestazione d'interesse e di partecipare alla successiva fase negoziata.

2) Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere. Violazione del principio del giusto procedimento.

L'operatore economico risultato aggiudicatario della procedura negoziata, Ing. Giuseppe De Angelis, avrebbe effettuato il sopralluogo solo il 13 agosto 2021, pertanto in un momento successivo al termine per presentare la propria candidatura, senza considerare che l'odierna ricorrente non vi ha potuto partecipare a seguito del mancato riscontro alla sua richiesta, trasmessa alla stazione appaltante il 3 giugno 2021, di effettuare il sopralluogo.

3) Eccesso di potere per carente istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento. Violazione dell'art. 97 Cost. per lesione del principio di buon andamento; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti.

La richiesta di sopralluogo inviata tempestivamente dalla ricorrente non è stata mai riscontrata, mentre l'operatore economico risultato affidatario ha esperito il sopralluogo in data 13 agosto 2021, ovvero ben oltre i termini entro cui avrebbe potuto essere inviata la richiesta di partecipazione propedeutica alla procedura negoziata.

4) Violazione del dovere di trasparenza.

La determina di affidamento si limita apoditticamente ad affermare che: "nei termini previsti, è pervenuta una sola adesione alla manifestazione d'interesse, da parte dell'operatore economico Ing. Giuseppe De Angelis ..." senza tuttavia riportare, come sarebbe stato doveroso, la data in cui sarebbe pervenuta detta adesione; allo stesso modo non è stato pubblicato alcuno dei documenti relativi alla procedura negoziata, venendo meno al dovere di trasparenza e rendendo impossibile una qualsiasi forma di controllo in merito alla correttezza della procedura espletata.

3.- La causa è stata inserita nel ruolo della camera di consiglio del 17 novembre 2021, ai fini della decisione sull'istanza cautelare.

In quella sede il Collegio, previo avviso alla parte presente, ha ritenuto sussistere gli estremi – ai sensi dell’art. 60 c.p.a. e dell’art. 120, comma 6, c.p.a. – per decidere la causa con sentenza in forma semplificata.

4.- L’infondatezza nel merito del ricorso induce il Collegio a soprassedere sui dubbi, pur consistenti, circa la legittimazione e l’interesse a ricorrere, posto che, in definitiva, la ricorrente non ha preso in concreto parte alla manifestazione d’interesse per effetto di una sua soggettiva valutazione circa una presumibile interruzione della procedura ovvero di una proroga dei relativi termini.

5.- Infondati sono la prima e la terza censura, che possono essere esaminati congiuntamente in considerazione dei profili di omogeneità e ripetitività dei relativi contenuti.

Il Collegio è dell’avviso che non vi siano gli estremi per invocare il legittimo affidamento, atteso che, sebbene l’amministrazione comunale non ha fornito riscontro alla sua richiesta di sopralluogo, inviata ritualmente all’indirizzo PEC indicato nell’avviso, non vi era alcun elemento per potere dedurre che la mancata risposta fosse sintomatico di una interruzione della procedura o di una proroga dei termini.

Questo nemmeno se si collega questo episodio con l’annullamento in autotutela, avvenuto nel 2020, dell’avviso pubblico esplorativo prot. n. 8445 dell’8 giugno 2020, relativo allo stesso servizio da porre a gara e disposto in funzione delle difficoltà all’epoca emerse nella richiesta – da parte degli operatori economici – del previsto appuntamento per il sopralluogo.

Le due situazioni non sono confrontabili tanto più che, in quella circostanza, la Stazione appaltante intervenne con un atto espresso proprio per invalidare il precedente avviso.

Pertanto, la mancata risposta non poteva che essere interpretata come un mero inadempimento da parte della stazione appaltante nei confronti del quale la ricorrente, considerati anche i margini di tempo a disposizione, avrebbe potuto rimediare tramite sollecito.

6.- Infondate sono anche la seconda e la quarta censura, anch’esse scrutinabili congiuntamente.

Secondo le deduzioni della ricorrente, il sopralluogo del controinteressato sarebbe tardivo, in quanto avvenuto nella data del 13 agosto 2021.

In realtà, la determina di aggiudicazione impugnata non indica quando il predetto sopralluogo sia stato effettuato, limitandosi a chiarire testualmente che: “l’unico operatore economico, che ha aderito alla manifestazione di interesse, ha espletato il sopralluogo obbligatorio previsto ed ha dimostrato il possesso dei requisiti professionali richiesti.”.

In assenza di diversa indicazione e di rilievi sul punto da parte della Stazione appaltante, deve presumersi che il sopralluogo sia avvenuto ritualmente e nei termini indicati in via perentoria dall'Avviso pubblico.

Sarebbe stato pertanto onere della ricorrente dimostrare il contrario – in linea con le previsioni di cui all'art. 2697 c.c. e all'art. 63 c.p.a. in tema di prova nel processo – allo scopo di supportare i rilievi di tardività del sopralluogo con un elemento certo, tanto più che la circostanza risulta decisiva ai fini della soluzione della controversia.

Invero la ricorrente, con la seconda censura, si limita a precisare che: “Da informazioni assunte, l'odierna ricorrente è venuta a conoscenza della circostanza che ... il richiamato sopralluogo in situ era stato effettuato in data 13.08.2021”.

E' del tutto evidente che la genericità degli elementi a sostegno del rilievo su questo importante aspetto – riconducibili soltanto a mere “informazioni assunte”, peraltro del tutto incerte anche riguardo alla loro provenienza – non è in grado di ribaltare il contenuto ed il dispositivo della determinazione assunta dall'amministrazione comunale.

7.- Il ricorso va pertanto respinto.

Non si dispone sulle spese in assenza di costituzione delle parti intimiate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF, Estensore

Giuseppe Esposito, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere

IL SEGRETARIO