

Pubblicato il 03/03/2020

N. 00096/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00497/2019 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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 497 del 2019, proposto da Nunzio Mancinelli & C. S.a.s., Ditta Individuale Ascanio di Franco, Impresa dei Fratelli Colarossi G &B C. S.n.c., Ditta Individuale Liborio Gavita, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Roberto Colagrande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in L'Aquila, via V. Veneto, n. 11;

contro

Comune di **Scanno**, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Referza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asmel - Associazione per la Sussidiarietà e La Modernizzazione degli Enti Locali, Asmel Consortile Soc. Cons. a r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento,

previa adozione di idonee misure cautelari,

- della determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di **Scanno** n. 246 del 30.10.2019 con la quale è stato stabilito di procedere “*alla selezione in seduta pubblica in forma anonima dei fornitori dagli elenchi inviti dall'ASMEL da invitare alle procedure negoziate* (n.d.r. relative ai lavori di messa in sicurezza di edifici e del territorio oggetto di finanziamento approvato con decreto del Ministero dell'Interno di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze del 6.3.2019, ai sensi della l. 27.12.2017, n. 205) *attraverso l'estrazione dei numeri associati alle varie ditte*”,
- dell'avviso di sorteggio n. 5824 del 30.10.2019 previsto per il medesimo giorno, alle ore 10.00,
- del relativo verbale di sorteggio effettuato il 30.10.2019, in palese violazione della disciplina in tema di individuazione degli operatori economici da inviare alle procedure negoziate di cui all'art. 36, comma 2, lett. c) e c-bis), e co. 7, d.lgs. n. 50/2016 e alle connesse Linee guida n. 4 adottate dall'ANAC con deliberazione n. 1097 del 26.10.2016 e successivi aggiornamenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di **Scanno**;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2020 la dott.ssa Maria Colagrande;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le ricorrenti sono imprese operanti nel settore edile e impugnano gli atti di nove procedure negoziate indette dal Comune di **Scanno** ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c) e c-bis), d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento di una serie di lavori di messa in sicurezza di edifici e del territorio, oggetto di finanziamento approvato con decreto del Ministero dell'Interno di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze del 6.3.2019, ai sensi della l. 27.12.2017, n. 205.

In particolare censurano la nota n. 246 del 30.10.2019 con la quale il Comune di **Scanno** ha stabilito di procedere “*alla selezione in seduta pubblica in forma anonima dei fornitori dagli elenchi inviati dall’ASMEL da invitare alle procedure negoziate attraverso l’estrazione dei numeri associati alle varie ditte*” e la nota n. 5824 del 30.10.2019 con la quale ha dato avviso del sorteggio previsto ed effettuato per il medesimo giorno, alle ore 10.00.

Con un unico articolato motivo le ricorrenti deducono *violazione e/o falsa applicazione degli artt. 36, co. 2, lett. c) e c-bis), e co. 7, 63, co. 6, e 216, co. 9 e 27-octies, d.lgs. n. 50/2016, delle relative linee guida n. 4 adottate dall’ANAC con deliberazione n. 1097 del 26.10.2016 e successivi aggiornamenti, nonché dell’art. 3 e ss. l. n. 241/1990; eccesso di potere: errore di fatto e travisamento dei presupposti; palese difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità e irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia manifesta; violazione e/o falsa applicazione dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, efficacia e buon andamento dell’azione amministrativa; violazione artt. 3 e 97 Cost.*

Il Comune di **Scanno**:

- avrebbe omesso di stabilire negli atti di gara, come invece previsto dalla legge, a quale metodo fare ricorso per scegliere gli operatori da invitare alla fase negoziale della procedura, fra quelli previsti dall’art. 36, comma 2, lett. c) e c-bis), d.lgs. n. 50/2016 (indagine di mercato o costituzione di un elenco di operatori qualificati);
- avrebbe utilizzato gli elenchi di operatori economici tenuti dalla centrale di committenza ASMEL senza aver reso tempestivamente nota tale decisione, che non compare negli atti di gara, con conseguente preclusione della possibilità, per chi fosse interessato a partecipare alla procedura, di chiedere di esservi iscritto sulla base di criteri predeterminati e adeguatamente pubblicizzati;
- avrebbe omesso di dare adeguata pubblicità della data e della sede del sorteggio delle imprese iscritte negli elenchi ASMEL in quanto tenutosi lo stesso giorno in cui si è stabilito di procedere con detta operazione;

- non avrebbe separato le operazioni di sorteggio distinguendole per categorie dei lavori da affidare, procedendo invece ad un unico indifferenziato sorteggio che stranamente avrebbe individuato, pur a fronte dell'alto numero delle imprese iscritte negli elenchi, sempre numeri di iscrizione molto bassi.

Il Comune di **Scanno** eccepisce l'inammissibilità del ricorso in quanto:

- tre delle imprese ricorrenti sarebbero prive dei requisiti di qualificazione richiesti dalle lettere d'invito e la quarta non sarebbe neppure iscritta nell'elenco ASMEL;

- vi sarebbe conflitto d'interessi fra le ricorrenti avendo le prime tre interesse alla riedizione della sola fase esecutiva della scelta delle imprese da invitare, mentre la quarta, che non è iscritta negli elenchi ASMEL, avrebbe interesse all'annullamento delle determinazioni del 24.10.2019 con le quali si è deciso di utilizzare detti elenchi per la scelta delle imprese.

All'udienza del 12 febbraio 2020 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Viene in decisione la controversia insorta fra il Comune di **Scanno** e le imprese ricorrenti sulla gara indetta per l'affidamento di un gruppo di nove interventi di messa in sicurezza di edifici e del territorio comunale, mediante altrettante procedure negoziate.

Occorre muovere dall'esame delle eccezioni sollevate dal Comune.

È fondata e decisiva l'eccezione di inammissibilità del ricorso cumulativo per conflitto fra l'interesse della Ditta Individuale Liborio Gavita all'annullamento della decisione di utilizzare gli elenchi ASMEL nei quali non risulta iscritta, per selezionare le imprese da invitare alla fase negoziale e l'interesse delle altre ricorrenti che invece sono iscritte in detti elenchi alla conservazione degli effetti di detta decisione.

Occorre premettere che l'inammissibilità del ricorso collettivo, poiché è foriero di un conflitto d'interessi fra i ricorrenti, presuppone che l'oggetto del giudizio sia inscindibile, come nel caso del gravame di un atto amministrativo (o complesso di atti dello stesso procedimento) strutturalmente unitario il

quale, se proposto da più soggetti portatori di interessi non identici e con motivi di gravame distinti, potrebbe culminare nel frazionamento, per via giurisdizionale, dell'inscindibile assetto d'interessi conformato dall'atto amministrativo e nella contraddittorietà dello stesso effetto conformativo derivante dalla sentenza, tali essendo gli esiti che l'inammissibilità del ricorso collettivo intende evitare.

Si è quindi ritenuto inammissibile il ricorso collettivo nell'ipotesi in cui l'accoglimento della domanda di una parte dei ricorrenti sarebbe logicamente incompatibile con quella degli altri, restando quindi preclusa una pronuncia di merito per l'evidente ragione che al giudice non è consentito scegliere a quale dei ricorrenti accordare tutela (Consiglio di Stato 6 giugno 2017 n. 2700).

Nel caso in decisione tutte le ricorrenti hanno impugnato la determinazione n. 246 del 30.10.2019 dell'Ufficio tecnico con la quale il Comune di **Scanno** ha stabilito di procedere *“alla selezione in seduta pubblica in forma anonima dei fornitori dagli elenchi inviati dall'ASMEL da invitare alle procedure negoziate attraverso l'estrazione dei numeri associati alle varie ditte”* e l'avviso di sorteggio n. 5824 del 30.10.2019 programmato ed effettivamente eseguito lo stesso giorno, alle ore 10.00.

Le imprese ricorrenti iscritte nell'elenco ASMEL hanno certamente interesse a dolersi del fatto che il sorteggio sia avvenuto senza una previa effettiva pubblicità della data e del luogo in cui sarebbero stato eseguito senza distinguere le operazioni per categorie di lavori, mentre lo stesso interesse difetta in capo alla ricorrente Ditta Individuale Liborio Gavita che non compare in detto elenco.

Viceversa, l'interesse all'annullamento della decisione assunta dalla stazione appaltante di selezionare tramite sorteggio dall'elenco ASMEL le imprese da invitare alla fase negoziale della procedura, sussiste solamente in capo alla Ditta Individuale Liborio Gavita che non vi è iscritta.

Ne consegue, in caso di accoglimento della domanda di annullamento della decisione di utilizzare gli elenchi ASMEL, cui seguirebbe la caducazione

dell'avviso e delle operazioni di sorteggio che vi dipendono, che la Ditta Individuale Liborio Gavita avrebbe la *chance* di essere selezionata nella rosa degli operatori da invitare tramite indagine di mercato o previa costituzione adeguatamente pubblicizzata di un elenco di operatori sulla base di criteri prefissati.

Si tratta chiaramente di un interesse contrario a quello delle altre ricorrenti le quali, contrariamente a quanto sostenuto nella memoria di replica alle eccezioni del Comune, non hanno oggettivamente un interesse all'accoglimento di detta domanda.

In sostanza esse lamentano la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza nella decisione assunta dal Comune con la nota n. 246 del 30.10.2019 di avvalersi degli elenchi ASMEL, anziché fare ricorso ad un'indagine di mercato o alla costituzione di un proprio elenco di operatori qualificati.

Tuttavia l'annullamento di detta nota, limitatamente all'omessa pubblicità delle decisione di avvalersi degli elenchi ASMEL mediante avviso pubblico sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente", avrebbe l'effetto non già di annullare la decisione di avvalersi di detti elenchi, di retrocedere la procedura alla fase della loro pubblicazione, che peraltro non recherebbe alcun vantaggio per le ricorrenti già iscritte in detti elenchi e sono quindi titolari della *chance* di essere selezionate attingendo da essi.

Sussiste in realtà in capo ad esse il solo interesse alla decisione della domanda di annullamento per violazione dei principi di pubblicità e trasparenza dell'avviso pubblico n. 5824 del 30.10.2019 con il quale il Comune ha stabilito di procedere alle operazioni di sorteggio lo stesso giorno.

Se dunque il Collegio decidesse il ricorso nel merito, dopo aver preliminarmente dichiarato il difetto d'interesse delle imprese iscritte negli elenchi ASMEL sulla domanda di annullamento della nota n. 246/2019 che stabilisce di avvalersene, l'eventuale sentenza di accoglimento, con annullamento tanto della nota n. 246 (di interesse della sola Ditta Individuale

Liborio Gavita) che stabilisce di avvalersi degli elenchi ASMEL, quanto dell'avviso di sorteggio n. 5824 (di interesse delle ricorrenti iscritte negli elenchi ASMEL), determinerebbe in sede esecutiva la ripetizione delle sole operazioni di sorteggio, che presuppongono la validità della scelta di attingere dagli elenchi ASMEL e, all'opposto, la riedizione dello stesso processo decisionale di scelta del criterio (indagine di mercato, preventiva costituzione di elenchi) sulla base del quale selezionare gli inviti.

Si tratterebbe evidentemente di capi decisorii fra loro incompatibili che il Collegio non può pronunciare, né può decidere a quale delle due presupposte domande, pur fondate nel merito, accordare preferenza.

L'esito in rito della controversia giustifica pienamente la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere

Maria Colagrande, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Colagrande

IL PRESIDENTE
Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO