

APPALTI - GARA DESERTA -ASSEGNAZIONE CON TRATTATIVA PRIVATA DI BENE PUBBLICO - LEGITTIMA - PRINCIPI DI ECONOMICITA' E DI IMPARZIALITA' - NON VIOLATI

La trattativa privata per l'assegnazione di un bene per il quale il mercato, regolarmente consultato con una procedura ad evidenza pubblica, non ha mostrato un concreto interesse, non contrasta con i principi di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, in quanto l'affidamento senza gara, a condizioni pari alla base d'asta individuata nel bando, consente all'Amministrazione di ritrarre dal bene la giusta remuneratività.

La trattativa privata non si pone in contrasto neppure con i principi di imparzialità e di parità di trattamento, in quanto il confronto concorrenziale risultava già assicurato dall'indizione della gara andata deserta.

Tar Lombardia (Milano), Sez. I, sentenza n. 2595/2020

Publicato il 24/12/2020

N. 02595/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00871/2020 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 871 del 2020, proposto da Stefanel s.p.a. in amministrazione straordinaria, in persona del Commissario straordinario in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto e Marcello Collevicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Irma Marinelli, Ruggero Meroni, Donatella Silvia ed Anna Tavano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura comunale in Milano, via della Guastalla n. 6;

nei confronti

Damiani s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Renna, Nicola Sabbini e Mauro Silvestri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mauro Renna in Milano, viale Bianca Maria n. 45;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del Comune di Milano, Area patrimonio immobiliare n. 1097 del 13 febbraio 2020, conosciuta in data 3 marzo 2020, avente ad oggetto l'assegnazione in concessione alla società Damiani p.a., a seguito di manifestazione di interesse, dell'unità immobiliare ubicata in via di Piazza Duomo n. 21, nel complesso della Galleria Vittorio Emanuele II;

- di ogni singolo atto della procedura di trattativa, a decorrere dalla presa d'atto che la gara è andata deserta e sino all'assegnazione della concessione alla società Damiani p.a.;

- di ogni atto presupposto, connesso, conseguente ed esecutivo, ivi compresa la deliberazione della Giunta comunale n. 1904 del 2008;

nonchè per la declaratoria di inefficacia della convenzione eventualmente stipulata tra il Comune di Milano e la società controinteressata, oltre che per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e della società Damiani p.a.;

Visti tutti gli atti della causa, in particolare le memorie depositate da tutte le parti e le memorie di replica depositate dalla società ricorrente e dalla società controinteressata;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2020 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi per la società ricorrente l'avvocato Marcello Collevocchio, per il Comune di Milano l'avvocato Irma Marinelli e per la società controinteressata l'avvocato Mauro Silvestri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 17 luglio 2019 il Comune di Milano ha pubblicato il bando di gara per l'affidamento in concessione d'uso di due lotti, costituiti da distinte unità commerciali ubicate nell'edificio di Piazza Duomo n. 21, con affaccio sulla Galleria Vittorio Emanuele II, oggetto di una precedente convenzione stipulata con la società Stefanel p.a. e scaduta in data 19 febbraio 2019.

Con determinazione dirigenziale n. 5669 dell'8 novembre 2019 il Comune di Milano ha dato atto che non è stata presentata nessuna domanda di partecipazione per il lotto 2.

In data 19 novembre 2019 la società Damiani p.a., la quale era già stata ammessa a partecipare alla gara relativamente al lotto 1, ha inoltrato al Comune una manifestazione di interesse ad ottenere l'affidamento in concessione del lotto 2 e, in data 15 gennaio 2020, ha formulato una proposta irrevocabile nella quale ha accettato tutte le condizioni indicate nel bando, tra le quali la corresponsione di un

canone annuo pari alla base d'asta ivi indicata, aumentata di un euro, l'impegno a mantenere valida l'offerta per dodici mesi, in attesa della liberazione dell'immobile, e l'impegno a stipulare la concessione anche per gli spazi ubicati al piano superiore. La Damiani s.p.a. ha inoltre offerto al Comune di Milano degli incentivi progressivi per favorire la rapida liberazione dell'immobile e una serie di proposte migliorative.

Il Comune di Milano, con determinazione dirigenziale n. 1097 del 13 febbraio 2020 dell'Area patrimonio immobiliare, previa valutazione dell'offerta tecnica da parte della Commissione giudicatrice, ha assegnato in concessione alla società Damiani p.a. l'unità immobiliare oggetto del lotto 2 della gara, in virtù della deliberazione della Giunta comunale n. 1904 del 2008 che, in applicazione della disciplina contenuta nei regi decreti 18 novembre 1923, n. 2440, e 23 maggio 1924, n. 824, consente l'affidamento diretto di beni demaniali, qualora la gara pubblica sia andata deserta.

1.1. Con ricorso notificato in data 8 maggio 2020, depositato il 22 maggio 2020, la società Stefanel p.a. in amministrazione straordinaria, precedente concessionaria del medesimo bene in forza della convenzione del 20 febbraio 2007, scaduta in data 19 febbraio 2019 e non rinnovata, nonché attuale detentrica del bene, ha domandato l'annullamento dell'affidamento della concessione d'uso del lotto 2 alla società Damiani p.a., nonché la dichiarazione di inefficacia della convenzione eventualmente stipulata e la condanna del Comune di Milano al risarcimento dei danni da perdita della *chance* di aggiudicazione della concessione del bene.

1.1.1. Con il primo motivo di ricorso ha contestato l'applicazione dell'istituto della trattativa diretta in caso di fallimento della procedura ad evidenza pubblica, prevista nella deliberazione della Giunta comunale n. 1904 del 2008, per mancanza dei presupposti di cui agli articoli 6 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e al regolamento di esecuzione di cui al regio decreto 23 maggio 1924, n. 824, i quali

consentirebbero il ricorso alla trattativa privata solo in presenza di circostanze speciali ed eccezionali e solo ove siano andati deserti sia il pubblico incanto che la licitazione privata.

1.1.2. Con il secondo motivo di ricorso ha eccepito l'erronea interpretazione della trattativa privata, la quale non equivarrebbe ad un affidamento diretto, previsto dall'articolo 36 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, solo per gli affidamenti di importo inferiore ai 40.000,00 euro, ma sarebbe piuttosto assimilabile alla procedura negoziata senza bando di gara, disciplinata dal successivo articolo 63, per la quale è richiesto l'esperimento di un'indagine di mercato e l'invito di cinque operatori economici.

1.1.3. Con il terzo motivo ha allegato la violazione da parte del Comune di Milano dei principi di imparzialità, di parità di trattamento, di concorrenza, di economicità e di buona amministrazione, per aver coltivato la manifestazione di interesse formulata dalla società Damiani p.a., senza verificare se vi fossero altri operatori economici interessati a presentare offerte concorrenti, maggiormente remunerative rispetto alla base d'asta fissata nel bando.

1.1.4. Con il quarto motivo ha eccepito la violazione da parte del Comune di Milano dei principi di trasparenza e di pubblicità di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, applicabili anche all'affidamento dei contratti attivi, per aver omesso i necessari adempimenti pubblicitari, quali la comunicazione della diserzione della gara per il lotto 2 e della manifestazione di interesse da parte di un operatore economico per il prezzo posto a base di gara.

1.1.5. Con il quinto motivo ha allegato il difetto di istruttoria dell'affidamento della concessione del lotto 2 alla Damiani p.a., siccome avvenuto senza previa verifica dei requisiti morali della stessa, adempimento necessario anche nella procedura negoziata senza bando.

1.2. Hanno resistito al ricorso il Comune di Milano e la società Damiani p.a. ed hanno preliminarmente eccepito la carenza di interesse a ricorrere della Stefanel s.p.a. in amministrazione straordinaria, in quanto la stessa non ha presentato offerta per nessuno dei lotti della gara, né ha formulato una manifestazione di interesse per l'affidamento in concessione del lotto 2.

1.3. Con ordinanza n. 830 dell'11 giugno 2020, il Tribunale ha rigettato la domanda cautelare proposta dalla società ricorrente.

1.4. Con ordinanza n. 5467 del 18 settembre 2020 la quinta sezione del Consiglio di Stato ha rigettato l'appello cautelare proposto avverso la predetta ordinanza.

1.5. In vista della trattazione del merito del giudizio, tutte le parti hanno presentato memorie difensive e la società ricorrente e la società controinteressata hanno presentato anche memorie di replica.

1.6. Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2020 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

2. Il Collegio deve esaminare con priorità la questione preliminare di carenza di interesse della società ricorrente, formulata dalla società controinteressata.

Essa è infondata.

Parte ricorrente ha contrastato in radice la scelta della stazione appaltante di procedere all'affidamento diretto della concessione dei beni pubblici, in deroga alla regola dell'affidamento con gara, per cui la sua legittimazione a ricorrere discende dalla qualità di operatore commerciale del settore e prescinde dalla partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

3. Prima di affrontare il merito del ricorso, occorre sinteticamente premettere che i principi e le regole euro-unitarie impongono le procedure dell'evidenza pubblica per la scelta del concessionario di beni pubblici, in quanto l'uso del bene attribuisce al concessionario un'utilità di rilievo economico, contendibile tra una

pluralità di operatori del mercato (T.a.r. Lazio, sede di Roma, sezione II, 26 maggio 2020, n. 5557).

Le concessioni di beni pubblici rientrano nella categoria dei contratti attivi, i quali, in applicazione dell'articolo 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono esclusi dall'ambito di applicabilità dello stesso e soggiacciono all'applicazione dei principi generali, quali quelli di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

4. Tanto premesso, il Collegio ritiene di dover esaminare a parte il quinto motivo di ricorso, il quale ha ad oggetto la verifica dei requisiti di moralità della società affidataria della concessione d'uso del bene pubblico.

Esso è infondato.

A prescindere dalla disciplina applicabile nel caso di specie, nel provvedimento impugnato si dà espressamente atto che la Damiani s.p.a. è un operatore economico noto al Comune di Milano, per aver già presentato un progetto per il lotto 1, che la Commissione giudicatrice ha ritenuto conforme al bando e di pregio.

L'ammissione della Damiani s.p.a. alla procedura di gara per il lotto 1 ha dunque comportato la verifica dei requisiti di partecipazione, inclusi quelli morali, per cui il quinto motivo del ricorso deve essere rigettato.

5. Occorre a questo punto procedere alla trattazione congiunta dei primi tre motivi del ricorso, tra loro logicamente collegati, in quanto relativi alla legittimità dell'affidamento diretto del bene demaniale ed alle specifiche questioni di seguito elencate:

a) se l'affidamento diretto della concessione possa essere disposto in seguito all'esperimento di una procedura che sia andata deserta o se l'Amministrazione sia obbligata ad indire ulteriori procedure concorsuali;

b) se l'affidamento della concessione senza gara richieda la consultazione di più operatori economici.

Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, <<I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni...l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata>>; l'articolo 6, comma 1, dispone che <<Qualora, per speciali ed eccezionali circostanze...non possano essere utilmente seguite le forme indicate negli articoli 3 e 4, il contratto potrà essere concluso a trattativa privata>>.

Il Collegio evidenzia che, contrariamente a quanto sostenuto dalla società ricorrente, alle concessioni di beni non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 36 e 63 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in forza dell'articolo 4 dello stesso testo.

Occorre dunque valutare la compatibilità con i sopravvenuti principi interni ed euro-unitari, enunciati dall'articolo 4, della disciplina contenuta nella deliberazione della Giunta comunale n. 1904 del 25 luglio 2008 e della disciplina in essa richiamata del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, n. 827, per cui <<La regola generale della gara pubblica potrà essere derogata con la procedura di trattativa privata diretta...qualora la gara pubblica sia andata deserta>>.

Come già osservato nell'ordinanza cautelare, la trattativa privata per l'assegnazione di un bene per il quale il mercato, regolarmente consultato con una procedura ad evidenza pubblica, non ha mostrato un concreto interesse, non contrasta con i principi di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, in quanto l'affidamento senza gara, a condizioni pari alla base d'asta individuata nel bando, consente all'Amministrazione di ritrarre dal bene la giusta remuneratività.

La trattativa privata non si pone in contrasto neppure con i principi di imparzialità e di parità di trattamento, in quanto il confronto concorrenziale risultava già assicurato dall'indizione della gara andata deserta.

Pertanto la scelta del Comune di procedere a trattativa privata con un operatore economico, in luogo di indire una nuova procedura di evidenza pubblica con una base d'asta deprezzata, è legittima e conforme all'interesse pubblico di ritrarre dall'affidamento del bene la massima redditività senza rinunciare alla sua valorizzazione.

Il primo, il secondo ed il terzo motivo di ricorso devono essere dunque rigettati.

5. Il quarto motivo di ricorso, con il quale la società ricorrente contesta la violazione degli obblighi di trasparenza e di pubblicità, di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è infondato.

La società ricorrente lamenta l'omissione degli adempimenti pubblicitari da parte del Comune di Milano, il quale non avrebbe reso noto né la mancata presentazione delle offerte per il lotto 2, né la manifestazione di interesse della società Damiani p.a., precludendo in tal modo agli operatori economici eventualmente interessati, tra i quali i partecipanti alla gara per il lotto 1 e alla stessa società ricorrente, di formulare offerte alternative da tenere in considerazione per ritrarre la massima redditività dal bene, prima di bandire una nuova gara con base d'asta ribassata.

Sul sito istituzionale del Comune è stata pubblicata la determinazione dirigenziale n. 5669 dell'8 novembre 2019, con la quale si dava atto che per il lotto 2 non è stata presentata nessuna domanda.

Con p.e.c. del 15 gennaio 2020 il Comune ha comunicato alla società ricorrente l'avvio del procedimento per il rilascio dell'immobile, notiziandola di aver ricevuto, in seguito all'esito infruttuoso della gara, una manifestazione di interesse per il lotto 2.

Con p.e.c. del 17 gennaio 2020 il Comune ha comunicato alla società ricorrente la determinazione dell'indennità di occupazione nonché la data in cui ha ricevuto la manifestazione di interesse per il lotto 2 e la specificazione dell'importo della relativa offerta.

Il Collegio ritiene che l'acquisizione di tali informazioni, corroborate dall'ostensione della manifestazione di interesse, rilasciata in seguito all'istanza di accesso presentata in data 30 gennaio 2020, abbiano posto la società ricorrente nella condizione di valutare la fattibilità e la convenienza della presentazione di un'offerta alternativa e concorrenziale.

Il quarto motivo di ricorso deve dunque essere rigettato.

6. In conclusione, il ricorso deve essere integralmente rigettato.

7. La complessità e la peculiarità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese del giudizio tra le parti, in deroga alla regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dispone la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Valentina Santina Mameli, Consigliere

Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosanna Perilli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO