



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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 104 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Agenzia di Stampa Italtpress s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall' avvocato Alessandro Palmigiano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Rodolfo Furci, in Reggio Calabria, Via Reggio Campi, I Tronco, n. 151;

contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Gullo, con domicilio eletto presso l'Avvocatura regionale, in Reggio Calabria, via Cardinale Portanova;

nei confronti

Agenzia Ansa – Agenzia Nazionale Stampa Associata - Società cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scanzano, Vittorio Tadei ed Elio Leonetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Alfredo Maria Plutino in Reggio Calabria, via Cappuccinelli, Diramazione Zagarella, n. 9;

AGV News s.r.l. – Agenzia il Velino, in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, non costituita;

Agi – Agenzia Giornalistica Italiana S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- dell'elenco del 21 dicembre 2016, conosciuto in data 23 gennaio 2017, nella parte in cui - nell'ambito della procedura indetta dal Consiglio Regionale della Calabria per l'affidamento dei servizi di informazione giornalistica delle agenzie di stampa – biennio 2016 - 2017 – rende noto che la Commissione ha ritenuto di poter procedere alla successiva negoziazione, finalizzata a contrattualizzazione, di sole n. 3 agenzie di stampa, escludendo la ricorrente;
- della determinazione del Segretario Generale reg. part. n. 81 del 28 dicembre 2016, reg. gen. 2 del 4 gennaio 2017 pubblicata sul BURC n. 15 del 13 febbraio 2017 con cui il Segretario Generale del Consiglio Regionale della Calabria ha approvato le risultanze dell'istruttoria svolta dalla commissione e, a conclusione della procedura di negoziazione, gli affidamenti in favore delle società Agenzia Ansa, Agi-Agenzia giornalistica Italia S.p.a. Agenzia AGV News s.r.l.- Il Velino;
- di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali;

quanto ai motivi aggiunti:

- del verbale n. 1 del 21 dicembre 2016 della commissione di verifica delle manifestazioni d'interesse pervenute a seguito dell'Avviso pubblico esplorativo conosciuto in data 22 febbraio 2017 all'esito dell'istanza di accesso;
- di tutti gli atti presupposti connessi e consequenziali;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria e dell'Agenzia Ansa – Agenzia Nazionale Stampa Associata - Società cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2018 la dott. Donatella Testini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con “*Avviso esplorativo finalizzato alla consultazione preliminare del mercato ai sensi dell’art. 66 del D. Lgs. n. 50/2016 per la preparazione e lo svolgimento della procedura di affidamento del servizio pubblico di informazione giornalistica da parte delle Agenzie di stampa relativamente al biennio 2016/2017*”, il Consiglio Regionale della Calabria ha avviato delle indagini di mercato al fine di verificare le soluzioni disponibili per l’acquisizione del servizio informativo predetto.

Tanto al fine di inserire in un apposito elenco “*i soggetti in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla normativa vigente e nel presente Avviso*”; i quali “*potranno essere consultati nell’ambito della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara prevista ai sensi del combinato disposto degli artt. 55, comma 24 della L. n. 449/1997 e 63, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016*” (art. 1 dell’Avviso).

Il medesimo art. 1 specifica il carattere non vincolante dell’Avviso per il Consiglio regionale in quanto “*... finalizzato esclusivamente alla ricezione di manifestazioni di interesse per favorire la consultazione e la partecipazione del maggior numero di soggetti potenzialmente interessati alla fornitura dei servizi erogati dalle Agenzia di stampa, al fine della preparazione e dello svolgimento della procedura negoziata ex art. 63 del D. Lgs. n. 50/2016 e per informare gli operatori economici dell’appalto programmato e dei requisiti richiesti. L’Amministrazione potrà procedere, mediante ulteriore e distinta procedura, secondo la normativa vigente, all’affidamento del servizio*”.

La ricorrente, in data 16 dicembre 2016, ha presentato la propria manifestazione di interesse, dichiarando di possedere i requisiti indicati all’art. 3 dell’Avviso.

Con provvedimento del 21 dicembre 2016, è stato reso noto che:

“...la Commissione... all’esito dell’istruttoria relativa alle manifestazioni d’interesse... ha ritenuto di poter procedere alla successiva negoziazione, finalizzata a contrattualizzazione, con n. 3 Agenzie di stampa...”.

Nell’elenco non è ricompresa la ricorrente, bensì solo l’ANSA, l’Agenzia Giornalistica Italia s.p.a. e la AGV News s.r.l. – Agenzia il Velino.

Con determina n. 2 del 4 gennaio 2017, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Calabria n. 15 del 13 febbraio 2017, a conclusione della procedura di negoziazione ai sensi dell’art. 63, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016, i servizi per cui è causa sono stati affidati:

- all’ANSA per euro 180.000,00;
- all’Agenzia Giornalistica Italia s.p.a. per euro 90.000,00;
- all’AGV News s.r.l. – Agenzia il Velino per euro 90.000,00.

Avverso i predetti atti insorge parte ricorrente, deducendone l’illegittimità, in sede di ricorso principale, per *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 nonché dell’art. 7 dell’avviso esplorativo, violazione degli artt. 41 e 97 Cost. – Eccesso di potere per arbitrarietà”*.

Premesso di non aver ricevuto compiuto riscontro all’istanza di accesso agli atti relativi al procedimento, con riserva di proporre motivi aggiunti all’esito della stessa, la ricorrente censura la condotta dell’Amministrazione per aver invitato alla negoziazione solo tre agenzie di stampa, in violazione dell’art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 che prevede la selezione di *“almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei”* nonché per aver concluso accordi con tutte le tre agenzie incluse nell’elenco; altresì evidenziando il possesso di tutti i requisiti richiesti e, dunque, l’illegittimità della sua esclusione.

Con ricorso per motivi aggiunti dell’8 marzo 2017, esperito l’accesso agli atti, ha impugnato il verbale n. 1 del 21 dicembre 2016 con cui la Commissione ha esaminato le domande pervenute, escludendo la ricorrente per le seguenti ragioni:

“- Non conformità della proposta a quanto prescritto nell’art. 2, punto 2, dell’Avviso, in quanto non risulta, nella stessa, la produzione di un numero di notizie riguardanti la Calabria che non sia inferiore a 5000 take all’anno;

- *Non conformità della proposta a quanto prescritto nell'art. 2), punto 1, dell'Avviso, in quanto non risulta, nella stessa, la produzione e consultazione di notiziari regionali*".

Nel dedurre l'illegittimità della sua esclusione per violazione del bando ed eccesso di potere sotto svariati profili, rileva parte ricorrente che la produzione di un "numero di notizie riguardanti la Calabria che non sia inferiore a 5000 take all'anno" è l'oggetto del servizio futuro che i concorrenti avrebbero dovuto prestare e non un presupposto preesistente richiesto per accedere alla successiva negoziazione.

Soggiunge che la ridetta produzione era, comunque, un servizio già svolto e specificamente descritto nella domanda di partecipazione; diversamente da quanto accaduto in relazione all'Agenzia "Il Velino", nonostante ciò dichiarata affidataria del servizio.

Analogamente censura la ritenuta non produzione e consultazione di notiziari regionali.

Conclude per l'annullamento degli atti gravati, in accoglimento del ricorso.

La Regione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito, in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse e l'irricevibilità per tardività; nel merito, l'infondatezza del gravame, invocandone la reiezione.

Integrato ritualmente il contraddittorio nei confronti di Agenzia Ansa e di Agi – Agenzia Giornalistica Italia s.p.a. in esecuzione dell'ordinanza collegiale n. 38 del 30 gennaio 2018, previa costituzione in giudizio della sola Agenzia Ansa e deposito di ulteriori memorie, la causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 5 aprile 2018.

2. Il ricorso è suscettibile di favorevole apprezzamento.

2.1. *In primis*, rileva il Collegio l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità per difetto d'interesse ad agire sollevata dalla Regione.

2.1.1. Assume l'Amministrazione resistente che la procedura esplorativa indetta non avrebbe determinato vincoli in ordine alla prosecuzione dell'affidamento mediante gara negoziata, ragion per cui la ricorrente non sarebbe titolare di alcuna posizione giuridica qualificata e meritevole di tutela, con conseguente difetto d'interesse al ricorso.

Osserva all'uopo che, testualmente, l'art. 9 dell'Avviso, "*Clausole di salvaguardia*", stabilisce quanto segue:

"Il presente avviso, non vincolante per il Consiglio regionale, non costituisce indizione di procedura di affidamento, concorsuale o paraconcorsuale in base alla quale siano previste graduatorie o classificazioni di merito. Non costituisce, altresì, offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c. c."

L'eccezione non è condivisibile.

Come correttamente evidenziato dalla ricorrente, l'art. 7 dell'Avviso ha espressamente limitato l'invito a quella che viene definita una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara alla quale "*procedere successivamente*" alle agenzie di stampa inserite nell'elenco.

Tale disposizione è senz'altro idonea a radicare l'interesse al ricorso atteso che, per come formulata e per come in concreto applicata, la *lex specialis* introduce un evidente sbarramento alla possibilità di accedere alla ulteriore fase comparativa.

Sebbene, ai sensi dell'art. 9, commi 2 e 3 dell'Avviso, l'Amministrazione si sia riservata la facoltà di avviare altre e diverse procedure nonché di non avviare procedura di affidamento alcuna, è evidente che, in concreto, la procedura avviata prende le mosse dall'Avviso in discorso.

2.1.2. Giova chiarire fin d'ora che, diversamente da quanto dichiarato nell'Avviso, la prima fase della procedura per cui è causa non è sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 66 del codice dei contratti pubblici (di seguito semplicemente c.c.p.).

L'art. 66 c.c.p., nel recepire l'art. 40 della direttiva 2014/24/UE, introduce l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato quale strumento di acquisizione di maggiori informazioni tecniche ed operative nella preparazione degli appalti.

Trattasi di uno strumento a disposizione delle stazioni appaltanti, le quali possono avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato al quale si rivolge l'appalto prima dell'indizione di una procedura di affidamento, così

individuando le soluzioni tecniche in grado di soddisfare al meglio i fabbisogni della stazione appaltante.

Più precisamente, le consultazioni preliminari - come stabilito dall'art. 66, comma 1, c.c.p. - possono essere finalizzate:

- alla preparazione dell'appalto;
- allo svolgimento della relativa procedura;
- a fornire informazioni agli operatori sull'attività contrattuale;
- a fornire informazioni sui requisiti necessari per gli appalti programmati.

A tal fine, il secondo comma prevede l'acquisizione di consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica che potrà essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto.

2.1.3. Nel caso di specie, l'Avviso pubblico aveva finalità ben diverse ovvero l'inserimento dei partecipanti in un elenco apposito e prodromico alla successiva fase procedimentale.

L'art. 2, rubricato "Oggetto dell'avviso", prevede la presentazione di una proposta che deve espressamente consistere nell'offerta di una serie di servizi specificamente elencati nei successivi sette punti.

Ciò posto, ritiene il Collegio che la procedura presenti oggetto e finalità non riconducibili all'art. 66 c.c.p.

Tale dato non può essere superato in ragione della mera dichiarazione dell'Amministrazione, in sede di Avviso, di voler procedere ai sensi del ridetto art. 66 c.c.p.

L'istituto delle consultazioni preliminari di mercato, infatti, è stato delineato dal legislatore alla stregua di una semplice prefase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto.

La partecipazione alla consultazione preliminare non costituisce condizione di accesso alla successiva gara e, anzi, in alcuni casi può risolversi nella successiva incapacità a contrarre con l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del successivo art. 67 c.c.p.

Nel caso di specie, al contrario, l'esito della dichiarata "indagine preliminare di mercato" è espressa condizione di accesso alla procedura negoziata.

Ciò conferma la già ritenuta infondatezza dell'eccezione d'inammissibilità per difetto d'interesse.

Di norma il soggetto che partecipa alle consultazioni *ex art. 66 c.c.p.* non è titolare di una posizione differenziata in relazione alla successiva eventuale fase di gara proprio in ragione dell'autonomia delle due fasi.

Nel caso di specie, proprio la correlazione tra le due fasi ha fatto sorgere in capo alla ricorrente una posizione giuridica soggettiva qualificata che ne radica l'interesse al ricorso.

2.1.4. Ciò posto, va altresì chiarito che la procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 c.c.p. si è svolta mediante gara ufficiosa.

Le medesime osservazioni svolte al precedente punto 2.1.3. inducono a ritenere che la fase conclusasi con la redazione dell'elenco e l'esclusione della ricorrente non sia assimilabile all'indagine di mercato di cui all'art. 63, ultimo comma, c.c.p.

Mentre l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato (e, dunque, quali sono i potenziali offerenti e il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare) senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; la gara ufficiosa, oltre ad essere uno strumento conoscitivo, implica anche una valutazione comparativa delle offerte e, di per sé, comporta il rispetto dei principi insiti nel concetto di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 marzo 2001, n. 1881).

E' soltanto nel caso in cui la stazione appaltante non abbia indetto una gara ufficiosa ed abbia fatto, invece, ricorso ad una indagine di mercato che il soggetto escluso non è portatore di un interesse che lo legittimi al ricorso, attesa la sostanziale libertà di autodeterminazione di cui gode la stazione l'appaltante.

La Commissione, nella seduta del 21 dicembre 2016, ha iniziato ad esaminare le istanze pervenute, che lo stesso Avviso definisce "offerte" all'art. 2, escludendo quelle ritenute non contenenti i servizi ivi indicati.

Il successivo 22 dicembre, poi, ha fatto pervenire alle odierne controinteressate le proposte di negoziazione che, una volta accettate, hanno condotto all'affidamento del servizio giusta determina n. 2 del 4 gennaio 2017.

Siffatta procedura non è assimilabile alla mera indagine preliminare di mercato, configurandosi, piuttosto, alla stregua di iniziale vaglio di ammissibilità delle offerte presentate divenute poi oggetto di negoziazione.

Anche sotto tale ulteriore profilo, pertanto, l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse è infondata.

2.2. Quanto alla ulteriore eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, sollevata sia dall'Amministrazione resistente che dalla controinteressata ANSA, anch'essa deve essere respinta.

Queste ultime affermano che il ricorso, notificato in data 20 febbraio 2017, sarebbe tardivo in quanto proposto oltre il termine breve di 30 giorni previsto dall'art. 120 c.p.a. e decorrente, in tesi, dalla data di pubblicazione dell'elenco impugnato sul sito web istituzionale del Consiglio Regionale della Calabria, avvenuta in data 21 dicembre 2016.

L'eccezione non è condivisibile.

Come correttamente rilevato dalla ricorrente, la pubblicità del predetto avviso sarebbe dovuta avvenire con le modalità prescritte dalla normativa vigente.

L'art. 120 c.p.a. al comma 2-bis prevede espressamente che *“il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici...”*; e l'art. 29 del D. Lgs. n. 50/2016 dispone che *“Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi [...] alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere [...] devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente” [...] Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni [...]”*.

Nel caso di specie, la pubblicazione dell'elenco delle Agenzie di stampa ritenute idonee dalla Commissione è stata effettuata sul sito istituzionale nella sezione "Avvisi" e non anche in quella "Amministrazione trasparente"; pertanto non sono state rispettate le prescrizioni di legge in materia e conseguentemente il termine breve di 30 giorni per l'impugnazione del provvedimento non può che ritenersi decorrente dal momento della conoscenza del relativo provvedimento, *ex art. 120 comma 5 c.p.a.*, avvenuta in data 23 gennaio 2017, come dichiarato e provato dalla ricorrente.

Come già evidenziato, infatti, sebbene la procedura sia stata qualificata come procedura negoziata senza pubblicazione di bando con preliminare consultazione di mercato, le caratteristiche dell'Avviso esplorativo e la valutazione delle offerte ai fini della predisposizione dell'elenco inducono a ritenere che si sia trattato di una gara ufficiosa e, pertanto, l'elenco pubblicato assume i caratteri del "*provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa*" soggetto al regime pubblicitario sopra evidenziato.

Alla luce delle superiori affermazioni il ricorso è pienamente tempestivo e quindi ricevibile.

2.3. Tanto premesso, il ricorso è suscettibile di favorevole apprezzamento nei termini che seguono.

La ricorrente, come già evidenziato, è stata esclusa per le seguenti ragioni:

"- Non conformità della proposta a quanto prescritto nell'art. 2, punto 2, dell'Avviso, in quanto non risulta, nella stessa, la produzione di un numero di notizie riguardanti la Calabria che non sia inferiore a 5000 take all'anno;
- Non conformità della proposta a quanto prescritto nell'art. 2), punto 1, dell'Avviso, in quanto non risulta, nella stessa, la produzione e consultazione di notiziari regionali".

Coglie nel segno la censura volta a stigmatizzare la violazione della *lex specialis* atteso che tali servizi costituiscono, ai sensi dell'art. 2 dell'Avviso, l'oggetto del servizio da offrire (il contenuto della proposta) e non i requisiti di ammissione, da possedere, come tali, al momento della presentazione della domanda e indicati dal diverso art. 3 dell'Avviso.

Tale interpretazione risulta non solo dal tenore letterale stesso dell'Avviso, ma anche dalla determinazione assunta nei confronti della AGV News s.r.l. – Agenzia il Velino.

Dalla documentazione versata in atti risulta che l'istanza di quest'ultima è analoga a quella presentata dalla ricorrente, ragion per cui non è dato comprendere quali siano le ragioni che hanno condotto all'esclusione della ricorrente.

2.4. La censura relativa alla violazione dell'art. 63, comma 6, c.c.p. è infondata.

La stazione appaltante deve invitare alla negoziazione almeno cinque operatori economici solo “*se sussistono in tale numero soggetti idonei*”.

L'illegittimità riscontrata, dunque, non si sostanzia nell'aver ristretto nella cerchia degli operatori solo tre soggetti, bensì nell'aver escluso la ricorrente sulla base di una errata interpretazione della *lex specialis*.

Sotto tale aspetto, pertanto, la censura non è condivisibile.

2.5. Le ulteriori censure proposte nella memoria illustrativa del 3 aprile 2017 (relative alla mancata instaurazione del soccorso istruttorio) sono inammissibili in quanto contenute in un atto non notificato.

3. Il ricorso, principale e per motivi aggiunti, in conclusione, è fondato e va accolto con conseguente annullamento degli atti gravati nella parte in cui hanno escluso la ricorrente dalla fase di negoziazione.

4. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione nei confronti delle altre parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti gravati nei limiti ivi indicati.

Condanna la Regione Calabria alla refusione delle spese di giudizio in favore della ricorrente, che liquida in ragione di euro 2.500,00

(duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, se versato.

Spese compensate nei confronti delle altre parti del giudizio.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Angela Fontana, Primo Referendario

Donatella Testini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO