

Contratti della P.A. – Procedura negoziata - Ditta non invitata a partecipare alla procedura negoziata - Interesse e legittimazione a richiedere l'annullamento della procedura medesima – Sussiste - Interesse e legittimazione ad impugnare l'atto di esclusione – Non sussiste.

N. 00700/2009 REG.SEN.

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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 246 del 2009, proposto dalla impresa edile Di Placido Francesco, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuseppe Ruta e Margherita Zezza, con elezione di domicilio in Campobasso, corso Vittorio Emanuele n. 23,

contro

il Comune di Torella del Sannio, in persona del Sindaco p. t., rappresentato e difeso dall'Avv. Claudio Neri, con domicilio eletto in Campobasso, via Mazzini n. 107,

nei confronti di

Omnia Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall'Avv. Gianluca Pescolla, con elezione di domicilio in Campobasso, via Garibaldi n. 54,

per l'annullamento

dei seguenti atti: 1)la determina dirigenziale prot. n. 137 del 29.4.2009 di aggiudicazione definitiva dei lavori di riparazione del peu 19 sp 01, in favore della ditta Omnia Costruzioni; 2)la determina dirigenziale prot. n. 89 del 1°4.2009, con la quale il Comune intimato ha individuato gli elementi del contratto e i criteri di selezione per l'affidamento dei lavori; 3)la lettera prot. n. 1245 del 1°4.2009, con la quale l'Amministrazione comunale ha invitato alla partecipazione della gara le cinque ditte, omettendo di invitare la ricorrente; 4)il verbale datato 16.4.2009, con il quale il Comune ha aggiudicato in via provvisoria alla ditta Omnia Costruzioni l'appalto in argomento; 5)il contratto stipulato in data 30.4.2009; 6)ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente, ivi compresa la delibera di G.C. n. 84 del 23.8.2008, con la quale il segretario comunale è stato nominato responsabile unico del procedimento relativo alla esecuzione dei lavori di riparazione del peu 19 sp 01, nonché la comunicazione datata 18.4.2009 prot. n. 1824, con la quale il responsabile del procedimento ha rigettato la richiesta della ditta ricorrente di annullare in autotutela la aggiudicazione provvisoria;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie dell'Amministrazione intimata e della ditta controinteressata;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita, alla pubblica udienza del 21 ottobre 2009, la relazione del Consigliere, dott. Orazio Ciliberti;

Udite, altresì, le parti, come da verbale di udienza;

Ritenuto, in fatto e in diritto, quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I – La ricorrente ditta, avendo chiesto di partecipare alla gara a trattativa privata bandita dal Comune di Torella del Sannio per l'aggiudicazione dei lavori di riparazione del peu 19 sp 01 (riqualificazione e recupero di edificio scolastico adibito a centro sociale) con il criterio del prezzo più basso, e non essendo stata invitata alla partecipazione della gara, insorge, per impugnare i seguenti atti: 1)la determina dirigenziale prot. n. 137 del 29.4.2009 di aggiudicazione definitiva dei lavori di riparazione del peu 19 sp 01, in favore della ditta Omnia Costruzioni; 2)la determina dirigenziale prot. n. 89 del 1°4.2009, con la quale il Comune intimato ha individuato gli elementi del contratto e i criteri di selezione per l'affidamento dei lavori; 3)la lettera prot. n. 1245 del 1°4.2009, con la quale l'Amministrazione comunale ha invitato alla partecipazione della gara le cinque ditte, omettendo di invitare la ricorrente; 4)il verbale datato 16.4.2009, con il quale il Comune ha aggiudicato in via provvisoria alla ditta Omnia Costruzioni l'appalto in argomento; 5)il contratto stipulato in data 30.4.2009; 6)ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente, ivi compresa la delibera di G.C. n. 84 del 23.8.2008, con la quale il segretario comunale è stato nominato responsabile unico del procedimento relativo alla esecuzione dei lavori di riparazione del peu 19 sp 01, nonché la comunicazione datata 18.4.2009 prot. n. 1824, con la quale il responsabile del procedimento ha rigettato la richiesta della ditta ricorrente di annullare in autotutela la aggiudicazione provvisoria. Deduce in via preliminare l'interesse al ricorso, nonché i seguenti motivi: 1)violazione ed errata applicazione art. 122 comma 7bis D.Lgs. 163 del 2006 e s.m.i., e artt. 54 e 57 comma secondo lett. c) D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione ed errata applicazione art. 3 legge n. 241 del 1990 e s.m.i., violazione dei principi di buon andamento della P.A. e dell'art. 97

Costituzione, eccesso di potere, irragionevolezza, contraddittorietà, illogicità; 2) difetto di motivazione sotto altro profilo; 3) violazione ed errata applicazione artt. 11, 12 e 79 D.Lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla direttiva 2007/66/Ce, violazione ed errata applicazione art. 3 legge n. 241 del 1990, difetto di motivazione, eccesso di potere per sviamento, carenza dei presupposti di fatto e di diritto; 4) istanza istruttoria; 5) istanza di risarcimento dei danni.

Si costituisce il Comune intimato, deducendo, anche con due successive memorie, la tardività, nonché la inammissibilità e la infondatezza del ricorso.

Si costituisce la ditta controinteressata, deducendo, anche con successiva memoria, la irricevibilità, inammissibilità e infondatezza del ricorso. Conclude per la reiezione.

All'udienza del 21 ottobre 2009, la causa viene introitata per la decisione.

II – Il ricorso, prescindendo dalla eccepta tardività della notifica, deve essere respinto perché parte inammissibile, parte infondato.

III – La norma di cui all'art. 122 comma 7 bis del D.Lgs. n. 163 del 2006, da leggersi in combinato disposto con la norma di cui al precedente art. 57 comma sesto, prevede che la stazione appaltante - fermo restando il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza - possa individuare le imprese da invitare alla pubblica gara <<sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato>>. Detta normativa, di recente introduzione (legge n. 201 del 2008), ha la dichiarata finalità di semplificare e velocizzare le procedure di appalto sotto soglia.

La ditta ricorrente, non essendo stata invitata a partecipare alla procedura negoziata, ha certamente interesse e legittimazione ad impugnare la procedura medesima nella sua interessezza, non già ad impugnare la mancata ammissione al gruppo delle ditte offerenti.

Infatti, il ricorso avverso il provvedimento di scelta della modalità di gara e di aggiudicazione – cioè la determina n. 89 del 2009 - è ammissibile, atteso che la mancata partecipazione della ricorrente alla gara deriva proprio dalle specifiche disposizioni della “lex specialis”, ritenute discriminatorie o, comunque, tali da impedire l’utile presentazione dell’offerta (cfr.: Cons. Stato V, 19.3.2009 n. 1624; T.A.R. Cagliari II, 12.6.2009 n. 972). Viceversa, la mancata partecipazione alla procedura, essendo conforme alle regole della “lex specialis”, priva la ricorrente dell’interesse e della legittimazione ad impugnare l’atto di esclusione da esso (Cons. Stato IV, 14.6.2005 n. 3113; T.A.R. Napoli I, 11.12.2007 n. 16106; T.A.R. Lecce II, 5.9.2003 n. 5804).

Pertanto, il ricorso è ammissibile solo nella parte in cui chiede l’annullamento della procedura negoziata, non già nella parte in cui chiede l’ammissione al confronto di offerte.

Le ragioni della scelta dell’Amministrazione di avvalersi della facoltà di aggiudicare i contratti mediante procedura negoziata, senza la preventiva pubblicazione del bando di gara, sono enunciate non tanto nella determinazione n. 89/2009 (impugnata), quanto nelle presupposte delibere di Giunta Comunale nn. 95/2008 e 27/2009 (non impugate), in particolare mediante il riferimento alla complicata vicenda del finanziamento dell’opera, inizialmente disposto per la riparazione del Pes n. 8 poi dirottato “in limine” sulla ristrutturazione del Peu 19 Sp 01, e il riferimento alla urgenza di provvedere, stante il rischio di perdita del finanziamento pubblico post-sisma, nonché la condizione di precarietà dell’immobile da ristrutturare – ex-edificio scolastico ora centro sociale comunale – a seguito degli eventi sismici del 31.10.2002. Tale presupposto di fatto, invero, non viene contestato dalla ricorrente, la quale non si perita neppure di impugnare gli atti giuntali in cui si fa cenno ad esso.

Dato per vero e incontestato il presupposto fattuale, non sembrano sussistere margini per contestare la scelta del procedimento negoziato senza pubblicazione di bando.

L'appalto di lavori rientra nella soglia di valore indicata dalla normativa di riferimento (100mila - 500mila euro).

La stazione appaltante ha individuato gli operatori economici da consultare, conformemente al dettato della norma di cui all'art. 57 comma sesto del D.Lgs. 163/2006, vale a dire sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, selezionando un numero di soggetti idonei non inferiore a cinque (art. 122 comma 7bis).

I principi di trasparenza, proporzionalità e imparzialità, al cui rispetto l'Amministrazione è tenuta anche quando procede all'aggiudicazione di lavori in via semplificata e negoziata, non risultano violati, atteso che essa ha dimostrato nel giudizio di essersi attenuta, nella scelta delle ditte offerenti, a un meccanismo di rotazione, che in passato ha consentito anche alla ditta ricorrente di partecipare a gare analoghe.

I motivi del ricorso sono, pertanto, destituiti di fondamento, atteso che non risulta violata, né erroneamente applicata la normativa di riferimento (art. 122 comma 7bis e artt. 54 e 57 comma secondo lett. c) del D.Lgs. n. 163 del 2006). Inoltre, la motivazione della scelta di procedura negoziata è indicata "per relationem" nella determina n. 89/2009 e può essere ricavata dalla lettura complessiva degli atti del procedimento, di guisa che non è rilevabile alcuna violazione o errata applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, né violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, né eccesso di potere, contraddittorietà o illogicità. Neppure, è rilevabile, nella specie, alcuna violazione o errata applicazione degli artt. 11, 12 e 79 del D.Lgs. n. 163/2006, in relazione alla direttiva

2007/66/Ce, atteso che è proprio il Codice dei contratti pubblici, in altra sua sezione, ad ammettere – in deroga alla normativa comunitaria e per motivate ragioni – una forma semplificata e negoziata del procedimento degli appalti sotto soglia.

IV – In conclusione, il ricorso non può essere accolto. Si ravvisano giustificate ragioni per la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge, perché in parte inammissibile, in parte infondato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina all'Autorità amministrativa di dare esecuzione alla presente sentenza.

Così deciso in Campobasso, presso la sede del T.A.R., nella Camera di Consiglio del 21 ottobre 2009, dal Collegio così composto:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere, Estensore

Massimiliano Balloriani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

