

La scelta operata da parte di una pubblica amministrazione di una procedura pubblicistica per l'individuazione del contraente comporta l'esercizio di poteri autoritativi, a fronte dei quali sussistono posizioni di interesse legittimo, le quali, postulano,

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

merita di essere riportato il seguente pensiero espresso dal Tar Puglia, Lecce con la sentenza numero 1942 del 19 maggio 2007 in tema di giurisdizione del giudice amministrativo anche nelle controversie relative ad appalti sottosoglia:

< ciò che rileva ai fini della giurisdizione è la natura pubblicistica dell'ente appaltante e l'aspetto autoritativo dell'attività di scelta del contraente attraverso una gara procedimentalizzata (fra le tante: Cass. SS. UU. 21 giugno 2005 n. 13296; Sez. VI 15 novembre 2005 n. 6368; id 19 dicembre 2005 n. 7192; Cons. Stato Sez. V, 12 aprile 2005 n. 1638; Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 934; Tar Friuli Venezia Giulia 9 marzo 2005 n. 119>

ma non solo:

<anche negli appalti sotto soglia sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo poiché le società organismi di diritto pubblico sono tenute a rispettare i principi di evidenza pubblica comunitaria>

a cura di *****

REPUBBLICA
ITALIANA TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LA PUGLIA

LECCE

SECONDA SEZIONE

Registro Decis.:
1942/07

Registro *****:

420/2007

SENTENZA

Visto il ricorso 420/2007
proposto da:

Contro

COMUNE DI ANDRANO

*** SRL

Rappresentata e difesa da:

PER L'ANNULLAMENTO

a)

del verbale di gara del 16.01.2007 a firma del geom. ***** *, Responsabile del servizio LL.PP del Comune di Andrano e Presidente della Commissione di gara insediata presso l'Ufficio tecnico dello stesso Comune e dei sigg.ri ***** * (******) e ***** *(componente)- con il quale l'Amm.ne resistente ha escluso le ricorrenti (in costituenda A.T.I.) dalla gara ed ha aggiudicato provvisoriamente la stessa all'Impresa *** srl da Montemesola (TA);

b)

del successivo atto prot. 1462 del 27.02.2007 - a firma del geom. ***** **, Responsabile del Servizio e del procedimento - con il quale l'Amm.ne resistente ha confermato l'esito della gara già espresso in sede provvisoria, provvedendo ad aggiudicare definitivamente la stessa all'Impresa *** srl da Montemesola (TA);

c)

del contratto di appalto di estremi sconosciuti dei lavori di "Bonifica ex discarica RR.SS.UU. sita in località Pilomaco" ove nelle more intercorso tra il Comune di Andrano e la *** srl;

d)

di ogni altro atto connesso, conseguente e presupposto, anche di estremi sconosciuti ed infine del bando, del disciplinare e del capitolato di gara, ove interpretati nel senso della legittimità dell'operato della

Stazione appaltante.

E PER IL RICONOSCIMENTO

Del diritto delle imprese ricorrenti al risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione alle stesse dell'appalto, ovvero, in subordine, al risarcimento nel modo e nella misura infra specificata dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, compresi interessi e rivalutazione monetaria.

-

Visto il ricorso ed i suoi allegati;

-

Visti gli atti di causa;

-

Visti gli atti di costituzione di

COMUNE DI ANDRANO

*** SRL

Udito nella Camera di Consiglio dell'11 Aprile 2007 il giudice ***** ed uditi altresì gli avv.ti *****, *****, quest'ultimo anche in sostituzione dell'avv. Medina.

Considerato che il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1)Violazione e falsa applicazione della sez.II2) e della lettera e) sez.VI 3) del bando di gara.Violazione e falsa applicazione dell'art.5 lett. b4) del disciplinare di gara.Violazione dei principi generali in materia di procedure di affidamento dei contratti con la P.A.Eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e sviamento.Violazione e falsa applicazione art.118 D.legs. 163/2006.Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

2)Violazione e falsa applicazione della lettera g) sez.VI.3) del bando di gara.Violazione e falsa applicazione dell'art.5 lett.b.10) del disciplinare di gara.Violazione dei principi generali in materia di procedure di affidamento dei contratti con la P.A.Eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e sviamento.Violazione e falsa applicazione dell'art.37 comma 7 del D.legs. 163/2006.Violazione del principio della par condicio tra i concorrenti.

3)Violazione e falsa applicazione della lettera a.1) della sez.III 2.3 del bando di gara.Violazione e falsa applicazione dell'art.5 lett. b.3,b.4) e b.5) e dell'art.2.3)lett.d) del disciplinare di gara.Violazione e falsa applicazione del D.M. 406/98 e dell'art.212 del D.legs. 152/2006.Violazione dei principi generali in materia di procedure di affidamento dei contratti con la P.A..eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e sviamento.Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

4)Violazione e falsa applicazione degli artt.3 e 6 della legge 7 agosto 1990 n.241.Violazione del principio di affidamento. Eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione, per difetto di istruttoria e per contraddittorietà manifesta dell'azione amministrativa.

5)Illegittimità derivata del contratto d'appalto.Violazione di norme imperative e di interessi pubblici di primario livello.Violazione degli artt. 1418 e 1325 del Codice Civile.

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

Con il ricorso all'esame, la ricorrente censura gli atti di gara relativi all'affidamento dei lavori di "Bonifica della ex discarica dei rr.ss.uu., sita nel Comune di Andrano, in località "Pilomarco", per l'importo a base d'asta di E.1.301.103,70, di cui E.40.637,48 per oneri di sicurezza.

La procedura esperita è quella prevista dall'art.3, comma 37, e dall'art.55, comma 5, del d.legs.163/06, con il criterio del prezzo più basso, mediante ribasso percentuale sull'importo dei lavori posto a base di gara, ai sensi dell'art.82, comma 2, lett.b) del citato decreto legislativo, con esclusione automatica delle offerte anomale recanti un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, calcolata, ai sensi dell'art.86, comma 1, del medesimo decreto..

Nella seduta del 16.01.2007, dopo l'ammissione alla gara di cinque concorrenti, fra cui la costituenda ATI ricorrente e la aggiudicataria *** srl., la Commissione, a seguito del calcolo dell'anomalia(pari al 22,839%) ha escluso automaticamente dalla gara la ricorrente ed ha aggiudicato provvisoriamente i lavori alla *** srl.

Deve , in primo luogo, respingersi l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione , sollevata dalla difesa della *****à *** srl, la quale ritiene che la controversia, riguardando un affidamento di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria , appartenga alla giurisdizione del giudice ordinario.

Basti all'uopo rilevare che ciò che rileva ai fini della giurisdizione è la natura pubblicistica dell'ente appaltante e l'aspetto autoritativo dell'attività di scelta del contraente attraverso una gara procedimentalizzata (fra le tante: Cass. SS. UU. 21 giugno 2005 n. 13296; Sez. VI 15 novembre 2005 n. 6368; id 19 dicembre 2005 n. 7192; Cons. Stato Sez. V, 12 aprile 2005 n. 1638; Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 934; Tar Friuli Venezia Giulia 9 marzo 2005 n. 119).

Del resto, la scelta operata da parte di una pubblica amministrazione di una procedura pubblicistica per l'individuazione del contraente comporta l'esercizio di poteri autoritativi, a fronte dei quali sussistono posizioni di interesse legittimo, le quali, postulano, indipendentemente dalla sussistenza della giurisdizione esclusiva (art. 6 L. 21 luglio 2000 n. 205), la giurisdizione amministrativa.

In tal senso, di recente , si è pronunciato il Consiglio di Stato, il quale ha specificamente ritenuto che "Con riferimento alla giurisdizione, anche negli appalti sotto soglia sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo poiché le società organismi di diritto pubblico sono tenute a rispettare i principi di evidenza pubblica comunitaria" (Consiglio Stato , sez. IV, 07 marzo 2006 , n. 1190) .

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente, deducendo la violazione delle disposizioni del bando e del capitolato speciale riguardanti la subappaltabilità dei lavori, sostiene che, per quanto riguarda i servizi di cui alla voce n.4 della categoria c) -Categoria solo subappaltabile-, sia il bando che il capitolato precisano

che i servizi di “analisi chimico-fisiche” devono essere eseguiti solo da “laboratori autorizzati e riconosciuti nel rispetto delle metodiche ufficiali standardizzati”, con la conseguenza che la stazione appaltante doveva disporre l’esclusione dalla gara di tre imprese (ATI progetto ***, srl, ATI *** spa, *** srl) le quali avevano omesso di rendere la dichiarazione in ordine alla subappaltabilità di tali servizi e non risultavano essere in possesso del requisito richiesto dal bando per la diretta esecuzione del servizio, non essendo titolari di laboratori di analisi autorizzati o accreditati.

Il motivo è infondato.

Deve difatti rilevarsi che tale servizio, di importo pari ad E. 9.558,65, rappresenta lo 0,73 % circa dell’importo complessivo posto a base di gara.

Tale circostanza

permette al Collegio di condividere l’assunto delle resistenti a parer delle quali, non può applicarsi nella fattispecie la regola posta dall’art. 118 del D.legs.163/06 c.11, il quale dispone che”

Ai fini del presente articolo è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell’importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell’importo del contratto da affidare. Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, numero 4). È fatto obbligo all’affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l’esecuzione dell’appalto, il nome del sub-contraente, l’importo del contratto, l’oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati”.

Difatti, non rientrando i servizi in questione tra quelli inseriti nella previsione del citato art.118 c.11, ne discende la non necessarietà della dichiarazione, prevista al precedente comma 2 sub 1) del medesimo art.118, contenente la necessaria indicazione, da inserirsi all’atto dell’offerta, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi che i concorrenti intendano subappaltare.

A tanto consegue

che il servizio di “Analisi Chimico-fisiche”

può essere dalle imprese

suindicate

eseguito tramite

un soggetto diverso ed esterno alle medesime, anche in

assenza della dichiarazione di cui all’art.118

citato, con la conseguente irrilevanza della mancata dichiarazione in ordine al subappalto del servizio citato.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente deduce la illegittimità della mancata esclusione dell'ATI ***, non avendo la stessa dichiarato per intero le percentuali di lavori riconducibili alla categoria OG12, come stabilito dalla lett.g) della sezione

VI.3) del bando e dall'art.5 lett.b) 10 del capitolato speciale. Difatti, la stessa, a dire della ricorrente, avrebbe dichiarato di eseguire il 37,60% di tali lavori e l'impresa mandante avrebbe dichiarato di eseguirne il 5%, con la conseguenza che sarebbe residuata una percentuale del 57,40 % di lavori non dichiarati.

Anche tale motivo non coglie nel segno.

Invero i lavori riconducibili alla categoria OG12 rappresentano il 65,62% del valore dell'appalto (pari ad E 853.562,59 di 1.301.103,70).

L'Ati *** e *****, con riferimento a tale categoria, pur avendo dichiarato di eseguire tali lavori nelle percentuali suindicate, ha dichiarato di voler subappaltare solo il restante 23% degli stessi. Sommando le percentuali suindicate, eseguibili direttamente dalle imprese riunite in ATI, con la percentuale dei lavori che

le stesse intendono subappaltare, si ricava una quota totale del 65,60% (37,60+ 5%+ 23%) pari, con una lieve differenza dello 0,02% (differenza irrilevante data la minima incidenza della stessa), all'entità dei lavori della categoria OG12 rispetto alla totalità dei lavori. La mandataria dell'ATI aggiudicataria ha quindi dichiarato di eseguire il 37,60% del 65,62% di tutti i lavori; questa percentuale, unita all'entità dei lavori che saranno eseguiti dalle mandanti ed alla quota da appaltare è pari (quasi) al 65,62% cioè alla totalità dei lavori della categoria OG12. Il termine di riferimento è stato non il 100% dei lavori della categoria OG12, ma il 65,62% di tutti i lavori, cioè la quantità di questi appartenente alla cat. OG12.

Anche il terzo motivo di ricorso, con il quale l'ATI ricorrente deduce la illegittimità della mancata esclusione della Decam srl la quale, a suo dire, non avrebbe comprovato il possesso del requisito di iscrizione all'Albo per la categoria 9 classe C(bonifica dei siti) avendo invece la stessa provveduto a richiederne la sola iscrizione, non risulta meritevole di accoglimento.

Invero, con l'art. 8 del D.M. n 406 del 28.04.1998 è stata istituita- nell'ambito dell'Albo Nazionale gestori ambientali_ la categoria "9", riguardante la c.d."bonifica dei siti".

Il successivo Decreto Ministeriale 5.7.2005 , dettante le disposizioni relative alle modalità ed agli importi delle garanzie finanziarie che devono essere presentate dalle imprese a favore dello Stato a norma del citato decreto 406/1998, ha reso operante tali disposizioni sancendo, all'art.5 l' obbligo di iscrizione. Infatti, ivi, viene testualmente prescritto che: " Ai sensi dell'art. 30, comma 8, del decreto legislativo n. 22

del 1997, tutte le imprese che intendono effettuare attività di bonifica dei siti sono tenute ad iscriversi all'albo entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto e delle delibere del Comitato nazionale dell'albo riguardanti i criteri, le modalità e i termini per la dimostrazione dell'idoneità tecnica e della capacità finanziaria.”

Con la circolare del Comitato Nazionale dell'Albo prot. 1451/Albo/Pres. ,avente ad oggetto l' "applicazione del D.M. 5 luglio 2005" si è precisato, altresì che "il Comitato Nazionale nella seduta del 20 settembre 2005 ha ritenuto di precisare che l'entrata in vigore del D.M. in oggetto indicato coincide con la pubblicazione sulla G.U.(17 settembre2005) .Pertanto, con riferimento al termine dilatorio di cui all'art.30, comma 8 ,del D.Legs. 22/97, le imprese già operanti alla data del 17 settembre 2005 devono, per poter proseguire senza interruzioni la loro attività , presentare la domanda di iscrizione entro 60 giorni dal 17 settembre 2005, e perciò entro il 16 novembre 2005. In tale evenienza le imprese interessate potranno continuare ad operare fino all'emanazione del provvedimento di iscrizione deliberato dalla competente Sezione Regionale o provinciale”.

La DECAM srl ha inoltrato la richiesta di iscrizione all'Albo Nazionale gestori Ambientali per la categoria 9 classe B(bonifica dei siti) nei termini previsti dal citato D.M. del 5/7/2005 con protocollo MI007837/2005 del 16.11.2005 , come risulta dalla documentazione presentata dalla stessa in sede di gara.

A ciò consegue che la presentazione della domanda di iscrizione nei termini suddetti, in assenza di un espresso provvedimento di diniego da parte della Sezione Regionale competente , comporta la possibilità per la stessa di poter proseguire la propria attività regolarmente anche in assenza di un formale provvedimento di iscrizione all'Albo citato e, conseguentemente, la legittimità del provvedimento di ammissione della stessa alla gara in esame, possedendo l'Impresa Decam il requisito richiesto, ai sensi delle disposizioni transitorie innanzi richiamate .

Dalla acclarata legittimità degli atti di gara discende la conseguenziale assenza dei vizi di illegittimità derivata del contratto successivamente stipulato tra il Comune di Andrano e la aggiudicataria.

Per le ragioni che precedono il ricorso va quindi respinto.

Sussistono nondimeno giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

Sentiti i difensori delle parti costituite in ordine alla possibilità di definire nel merito il presente giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 3 e 9 della L. 21.7.2000, n. 205.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Seconda di Lecce, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Lecce, nella Camera di Consiglio dell'11 aprile 2007

Dott. ***** - Presidente

Dott.ssa ***** - Estensore

Pubblicata il 19 maggio 2007

<https://www.diritto.it/la-scelta-operata-da-parte-di-una-pubblica-amministrazione-di-una-procedura-pubblicistica-per-l-individuazione-del-contraente-comporta-l-esercizio-di-poteri-autoritativi-a-fronte-dei-quali-sussistono/>