

N. 03153/2011 REG.PROV.COLL.
N. 03090/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

in forma semplificata ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3090 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Cooperativa Sociale Pegaso, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Dipasquale, con domicilio eletto presso Maria Grazia Gagliano in Catania, via G. B. Grassi, 8;

contro

il Comune di Ragusa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Frediani, con domicilio eletto presso lo stesso difensore, in Ragusa, e quindi domiciliato *ex lege* presso la Segreteria del T.A.R. adito;

nei confronti di

Battaglia Gaudenzio, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del verbale di gara con aggiudicazione provvisoria del 24.08.2010;

- nonchè di ogni altro atto ad esso presupposto, connesso e consequenziale, relativo all'affidamento del servizio di manutenzione verde pubblico di Ragusa e Marina di Ragusa;

quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato il 7.1.2011:

avverso la determ. 5.10.2010 di aggiudicazione definitiva della medesima gara di cui sopra.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Ragusa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il dott. Calogero Ferlisi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che la Cooperativa ricorrente ha partecipato alla di cui in epigrafe gara per l'affidamento, con procedura negoziata, del servizio di manutenzione del verde pubblico di Ragusa e Marina di Ragusa e contesta l'aggiudicazione provvisoria del servizio medesimo alla Ditta Battaglia, odierna controinteressata, assumendo che la stessa non risulta iscritta nell'elenco degli operatori economici di cui alla deliberazione consiliare n. 66/2007 (secondo quanto previsto dalla *lex* di gara), recante il "Regolamento per gli acquisti di beni e servizi in economia";

- che pertanto la ricorrente sarebbe dovuta risultare aggiudicataria, sia perché iscritta nel detto elenco, sia perché il capitolato prevede espressamente l'aggiudicazione anche con una sola offerta rimasta in gara;

- che la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti, ritualmente notificato, depositato il 7/01/2011, avverso la determinazione 5.10.2010 di aggiudicazione definitiva (di cui avrebbe avuto conoscenza il 23.11.2010), deducendone, sostanzialmente l'invalidità derivata;

Premesso, altresì, quanto controdedotto dal Comune di Ragusa con atto difensivo depositato il 10.1.2011, secondo cui:

- a) poiché la ricorrente è collocata al 5[^] posto della graduatoria di gara, avrebbe dovuto richiedere, a pena di inammissibilità, l'esclusione delle quattro imprese che la precedono;
- b) il ricorso per motivi aggiunti sarebbe tardivo;
- c) in punto di merito, la *lex specialis* faceva ritenere sufficiente, o il solo certificato della Camera di Commercio I.A.A., ovvero il possesso della categoria OS24, e dal certificato camerale dell'aggiudicataria risulta che la stessa è regolarmente iscritta per attività di difesa del suolo, sistemazione agraria e verde pubblico;
- d) vero è che il capitolato prevede l'ammissione delle imprese iscritte all'elenco degli operatori economici di cui alla deliberazione c.c. n. 66/2007, ma l'Amministrazione, in doverosa applicazione dell'art. 125, comma 11, D.lgs. n. 163/2006, non poteva non assicurare anche il raggiungimento della soglia minima di "cinque offerte", come prescritto, proprio in tema di procedure negoziate, dall'art. 125 citato, atteso che - secondo quanto dedotto dal Comune - le sole imprese iscritte nell'elenco predetto non consentiva di raggiungere tale soglia;

Viste le ordinanze 1541/2010 e 27/2011, con le quali sono state respinte le istanze cautelari proposte rispettivamente col ricorso introduttivo e col ricorso per motivi aggiunti;

Ritenuto che può prescindersi dall'esame delle eccezioni in rito sollevate dal Comune resistente, stante l'infondatezza in merito del ricorso e dei connessi motivi aggiunti;

- che l'intera impostazione difensiva di parte ricorrente non è in sintonia con quanto disposto dall'art. 125 D.lgs. n. 163/2006 cit., che relativamente ai "*Lavori, servizi e forniture in economia*", prescrive:

- I) che le acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori, possono essere effettuate: a) mediante amministrazione diretta; b) mediante procedura di cottimo fiduciario (comma 1);

II) che: "*Per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a ventimila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento*" (comma 11);

Ritenuto che, in tal modo, la norma facultizza la stazione appaltante, al fine di assicurare comunque l'invito di almeno cinque ditte, a servirsi, o degli elenchi degli operatori economici dalla stessa predisposti, ovvero di adeguate "indagini di mercato";

- che nella specie è incontroverso il fatto che il Comune di Ragusa ha dovuto invitare ditte non iscritte nell'elenco in questione proprio al fine di assicurare la soglia minima delle offerte, così da giustificare il legittimo ricorso alla procedura negoziata, garantendo un adeguato ventaglio di possibilità e quindi una effettiva concorrenzialità;

- che non può rilevare, in contrario, il fatto che il capitolato a *lex specialis* prevedesse l'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida, trattandosi, all'evidenza, di un possibile esito della procedura *de qua*, dipendente, tuttavia, dal fatto che, a monte, l'invito a partecipare fosse stato esteso ad almeno cinque ditte, secondo la ricordata, chiara, prescrizione di legge;

- che, d'altronde, l'art. art. 6, co. 4, delle condizioni d'appalto (letto doverosamente nel pertinente contesto normativo ed in particolare in sintonia con l'art. 125 Cod. Contr.) sembra solamente volere indicare l'obbligo del Comune di invitare, in via preferenziale, le sole ditte iscritte nell'elenco di cui alla delib. n. 66/2007 (nel presupposto della capienza della stesso), ma non anche derogare (e per di più implicitamente) alla normativa

di settore ed al principio di concorrenzialità minima da assicurarsi nelle procedure in argomento (anche perché oggetto della delibera 66/2007, cui fa riferimento parte ricorrente, è proprio il "Regolamento per gli acquisti di beni e servizi in economia" oggetto dell'art. 125 D.lgs. 163/2006);

Ritenuto, in definitiva, che, anche a volere ammettere una certa equivocità della *lex specialis*, il Comune convenuto aveva l'obbligo di privilegiare il principio di massima partecipazione e di effettiva concorrenza imprenditoriale (in tema cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2009, n. 378);

- che secondo quanto puntualmente rilevato dal T.A.R. Lazio con sentenza n. 10880 del 6 novembre 2009, ai sensi dell'art. 125 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, in presenza di una procedura negoziata (pur procedimentalizzata), la *lex specialis* va contemperata con i principi del *favor participationis* e della necessaria chiarezza delle regole di gara, a tutela dell'interesse pubblico alla massima concorrenzialità e di quello privato all'affidamento in base alle condizioni di partecipazione enunciate dalla Stazione appaltante;

Ritenuto che sussistono giusti motivi, in relazione agli specifici profili della controversia ed alla novità della questione trattata, per compensare tra le parti le spese e gli onorari del giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti, li rigetta.

Spese compensate

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente, Estensore

Gabriella Guzzardi, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)