

N. 00027/2012 REG.PROV.COLL.
N. 04571/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4571 del 2011, proposto da:

Ditta Ticiani Ezio, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Discepolo, con lo stesso elettivamente domiciliata in Roma, via Conca D'Oro n.184/190 - Pal. D;

contro

ATER - Azienda Territoriale per L'Edilizia Residenziale Pubblica della Provincia di Viterbo, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Cristina Pieretti, con la stessa elettivamente domiciliata in Roma, via Panama, 26;

nei confronti di

Soc Sjles - Società Jonica Lavori Edili Stradali S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Patrizio Leozappa, con lo stesso elettivamente domiciliata in Roma, via G.Antonelli, 15;

per l'annullamento

del bando di gara, nella parte in cui è stata stabilita l'applicazione del metodo di aggiudicazione di cui all'art. 82, co. 2, lett. a), con l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse ai sensi dell'art. 86, co. 1, d.

lgs. 163 del 2006;

del verbale di gara e di tutte le operazioni della Commissione di gara, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione dell'offerta presentata dalla ricorrente e dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'impresa contro interessata; nonché della determinazione n. 131 del 19 ottobre 2010, con la quale è stato approvato il bando di gara; nonché per l'accertamento del diritto dell'impresa ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione in proprio favore e per il risarcimento dei danni.

Avanza, infine, domanda di risarcimento danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATER - Azienda Territoriale per L'Edilizia Residenziale Pubblica della Provincia di Viterbo e della Soc Sjles - Società Jonica Lavori Edili Stradali Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2011 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato l'11 maggio 2011 e depositato il successivo 27 maggio, la Società ricorrente ha adito questo Tribunale per ottenere in via principale "l'accertamento e la declaratoria del diritto dell'impresa ricorrente di ottenere l'aggiudicazione in proprio favore dell'appalto dei lavori di consolidamento e regimentazione delle acque e messa in sicurezza nel Comune di Soriano nel Cimino, fraz. Chia, bandito mediante gara a procedura aperta, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 3, co. 37, e 55, co. 5, del d. lgs. n. 163 del 2006, dall'Azienda Territoriale per l'Edilizia Pubblica della Provincia di Viterbo" o, in subordine, l'annullamento "del

bando della medesima procedura di gara nella parte in cui è stata stabilita l'applicazione del metodo di aggiudicazione di cui all'art. 82, co. 2, lett. a), con l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse ai sensi dell'art. 86, co. 1, d. lgs. 163 del 2006”;

del verbale e di tutte le operazioni della Commissione di gara, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione dell'offerta presentata dalla ricorrente e dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'impresa controinteressata; della determinazione n. 131 del 19 ottobre 2010, con la quale è stato approvato il bando di gara, nonché gli eventuali atti di aggiudicazione definitiva della gara e di stipulazione della gara.

Avanza, infine, domanda di risarcimento danni.

Riferisce in fatto che l'importo dei lavori da appaltare è di € 1.100.559,83.

A sostegno della propria pretesa deduce due motivi di doglianza:

1. la Commissione giudicatrice avrebbe errato nell'esercitare la facoltà di esclusione automatica di cui all'art. 86, co. 1, d. lgs. n. 163 del 2006. Infatti, il limite dell'importo inferiore a un milione di euro non è presente nel caso di specie, poiché l'importo a base d'asta è superiore, raggiungendo, infatti, euro 1.100.559,83.

2. l'impugnazione del bando è possibile poiché il termine decadenziale non decorre dalla data della sua pubblicazione, non trattandosi di prescrizione di requisiti che impediscono la partecipazione alla gara.

Con ricorso incidentale, notificato il 9 giugno 2011 e depositato il successivo 14 giugno la controinteressata impugna:

- le operazioni e le determinazioni di cui al verbale di gara del 13.1.2011, nel quale la Commissione, dopo aver “esaminato il plico esterno alla busta dell'offerta-documentazione” prodotta dalla ricorrente principale ha sospeso la decisione in ordine all'ammissione della domanda al fine di valutare l'entità dei reati ascritti in capo al legale rappresentante;
- le operazioni e le determinazioni di cui al verbale 17.1.2011, con cui la

ricorrente principale è stata ammessa alla successiva fase di gara, ritenendo che “i reati commessi dai suddetti soggetti non costituiscono motivo di esclusione per la partecipazione alla gara”;

- le operazioni e le determinazioni di cui al verbale di gara relativo alla sesta seduta pubblica, tenutasi il 19.1.2011, nella quale la Commissione ha confermato l'ammissione all'apertura delle offerte economiche delle concorrenti già esaminate, tra cui la ditta Ticani Ezio;

- le operazioni e le determinazioni di cui al verbale di gara relativo alla seduta pubblica, tenutasi il 20.1.2011, nella quale la Commissione ha proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche dei concorrenti, tra cui quella della ditta ricorrente ed ha stilato la graduatoria di merito.

Sostanzialmente la ricorrente incidentale deduce che a fronte del par. 8 del bando di gara ed del par. 4, lett. c) parte I del disciplinare, i quali prevedono la prestazione, da parte dei concorrenti, di una garanzia provvisoria determinata o nella misura di € 22.011,19, pari al 2% del valore dell'appalto, ovvero in misura dimidiata nel caso di possesso di certificazione di qualità ISO 9001:2000, ai sensi degli artt. 40, co. 7, e 75, co. 7, del d. lgs. n. 163 del 2006, con previsione di esclusione delle offerte in cui il concorrente abbia prestato una cauzione provvisoria di importo insufficiente (par. 5, lett. b.7), la ricorrente principale si è avvalsa del beneficio pur essendole precluso, poiché non in possesso della certificazione di qualità con riferimento all'oggetto specifico dell'appalto. Infatti, nel caso di specie, la categoria prevalente dei lavori oggetto di appalto è la OS 21 (opere strutturali speciali), per un importo di 916.517,75 mentre la ricorrente principale ha prodotto il certificato UNI EN ISO 9001:2008, che non contempla la citata categoria prevalente OS 21.

Conseguentemente la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa;

La controinteressata sottolinea ancora la carenza di interesse e di

legittimazione da parte della ricorrente principale ad impugnare gli atti della procedura, posto che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche in relazione alle condanne dichiarate.

Invero, illegittimamente la Commissione non ha proceduto alla sua esclusione ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett.c) e d) d. lgs. n. 163 del 2008, poiché appare del tutto illogica ed irragionevole, oltretutto sfornita di supporto logico-giuridico, la decisione di considerare reati non gravi quelli compiuti in danno dello Stato o della Comunità e non incidenti sulla moralità del concorrente.

I reati in argomento, invero, attengono a violazione delle prescrizioni sulle costruzioni in zone sismiche (art. 17 della l. n. 64 del 1974); violazione delle norme sulle aree protette (art. 11, n. 3, L. 394 del 1991); violazione delle norme di attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti d'imballaggio (art. 51, co. 1, l.lgs. n. 22 del 1997); risultano emesse, altresì, le seguenti sentenze di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. per:

- frana colposa (art. 110, 426 e 449 c.p.)
- violazione delle norme sulla tutela delle acque dall'inquinamento (art. 21, co. 1, L. 319/1976).

La controinteressata richiama sul punto le determinazioni dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

Si è costituita anche l'ATER di Viterbo, eccependo, preliminarmente, la inammissibilità del ricorso e la sua infondatezza nel merito.

DIRITTO

Può prescindere dalla eccezione di inammissibilità dell'impugnativa nella parte in cui investe il bando di gara, sollevata dalla difesa dell'ATER di Viterbo, stante la palese infondatezza del ricorso principale.

Con i due motivi dedotti, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto volti a contestare sotto i medesimi profili sia le determinazioni della

commissione di gara che il bando, la ricorrente lamenta che illegittimamente la “lex specialis” abbia previsto la possibilità, esercitata dalla commissione stessa, di esclusione automatica delle offerte, di cui all’art. 86, co. 1, d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto l’importo posto a base d’asta è superiore ad un milione di euro.

L’assunto non può essere condiviso.

Invero, con l’introduzione dell’art. 4, co. 2, lett. ll) del d.l. 13.5.2011, n.70 convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106 le Stazioni appaltanti fino al 31.12.2013 possono applicare le disposizioni di cui agli artt. 122, co. 9, e 124, co. 8, del codice degli appalti per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all’art. 28 dello stesso codice, approvato con il decreto legislativo n. 163 del 2006.

Il predetto art. 28 fissa le soglie minime di valore dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria relativi ai settori ordinari.

Per gli appalti di lavori pubblici e per le concessioni di lavori pubblici tali importi sono pari o inferiori alla soglia comunitaria di € 5.278.000.

Nel caso di specie l’importo dell’appalto, come illustrato sopra, è di € 1.100.559,83 e quindi, essendo al di sotto della soglia comunitaria di cui al ripetuto art. 28 del decreto legislativo n. 163 del 2006 può essere legittimamente sottoposto alla regola dell’esclusione automatica delle offerte anomale, quale è risultata quella presentata dalla ricorrente.

E’ utile osservare che la modifica introdotta dall’art. 4, co. 2, lett. ll) del d.l. 13.5.2011, n. 70 intervenuta sull’art. 253 del codice degli appalti posto tra le “norme transitorie” ed è, quindi, di immediata applicazione, con la conseguenza che la previsione di bando è esente dai vizi denunciati.

Va aggiunto che il ricorso all’esclusione automatica appare nella specie giustificato dall’elevato numero delle Ditte partecipanti alla gara. Infatti, hanno presentato domanda n. 112 imprese ed hanno partecipato alla gara stessa ben 95 imprese di cui 20 hanno presentato offerte anomale.

Per le suesposte ragioni il ricorso deve essere respinto.

La reiezione del ricorso principale comporta la improcedibilità del ricorso incidentale.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge unitamente alla domanda di risarcimento del danno.

Condanna la Ditta ricorrente al pagamento, in favore della controinteressata e dell'ATER della Provincia di Viterbo, delle spese di giudizio, che si liquidano in complessivi euro 3,000,00 da dividersi in parti eguali tra le parti resistenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/01/2012

IL SEGRETARIO

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