

Pubblicato il 04/06/2019

N. 01380/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02072/2018 REG.RIC.



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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2072 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Di.Fil. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

contro

Comune di Ragusa, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Boncoraglio, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

nei confronti

Impresa Scifo Giorgio, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmela Di Vincenzo e Carmelo Panatteri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carmela Di Vincenzo in Giustizia, Pec Registri;

per quanto riguarda il ricorso introduttivo

A) per l'annullamento:

1) del verbale di gara del 29 ottobre 2018 nella parte in cui esclude l'impresa Di Fil srl e aggiudica provvisoriamente la gara all'impresa Scifo Giorgio;

2) della nota prot. n. 113320 del 12 ottobre 2018 con la quale venivano invitate 20 imprese, ma non la Di Fil srl;

3) della nota del 7 novembre 2018 di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela proposta dalla Di Fil srl;

4) ove esistente, del provvedimento di aggiudicazione definitiva, allo stato sconosciuto;

5) della determina a contrarre n. 251 del 9 ottobre 2018, “per l'affidamento dell'appalto sotto soglia comunitaria – aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando”;

B. per la dichiarazione

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'impresa;

C. per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, dichiarando sin d'ora la disponibilità a subentrare nel contratto eventualmente stipulato;

D. per il risarcimento

di tutti i danni subiti a causa della mancata aggiudicazione, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da DI.FIL. S.R.L. il 28\12\2018:

A. per l'annullamento

della determina dirigenziale 2086 del 4 dicembre 2018 con cui l'Amministrazione resistente ha aggiudicato in via definitiva l'appalto relativo al “Servizio di gestione e manutenzione dell'impianto comunale di depurazione delle acque reflue” CIG ZA11FDDE23,

all'impresa Scifo Giorgio e della nota del 6 dicembre con la quale è stata comunicata detta aggiudicazione alla Ditta Di Fil srl;

B. per la dichiarazione

di inefficacia del contratto stipulato con l'impresa Scifo Giorgio

C. per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, dichiarando sin d'ora la disponibilità a subentrare nel contratto eventualmente stipulato;

D. per il risarcimento

di tutti i danni subiti a causa della mancata aggiudicazione, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ragusa e dell'Impresa Scifo Giorgio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2019 la dott.ssa Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società ricorrente espone che:

- il Comune di Ragusa (a seguito delle determine dirigenziali 1985 del 21 novembre 2017 e n. 1575 del 10 ottobre 2018) indiceva una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, per l'affidamento dei "lavori necessari per la messa in sicurezza dei

solai dell'edificio scolastico Cesare Battisti" per un importo posto a base di gara pari a € 149.866,29;

-con nota prot. n. 113320 del 12 ottobre 2018, venivano invitate 20 imprese e veniva fissato per il 25 ottobre il termine di scadenza per la presentazione delle offerte;

-entro tale termine pervenivano 12 offerte, tra le quali quella dell'impresa Di Fil che, venuta a conoscenza della procedura, aveva deciso di partecipare alla gara in oggetto, essendo in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti;

- in data 29 ottobre 2018, veniva aperta la prima seduta di gara, nel corso della quale, la ricorrente veniva esclusa perché non risultava nell'elenco delle imprese invitate per la partecipazione alla procedura ;

-la gara veniva espletata in data 29 ottobre 2018, e i lavori affidati (giusta determinazione n. 304 del 9 novembre 2018) alla prima Ditta classificata, la controinteressata, con il ribasso del 35,9999%, sull'importo a base d'asta succitato.

L'impresa DI Fil srl, dopo aver precisato di avere interesse all'annullamento della propria esclusione, perché, se riammessa, risulterebbe aggiudicataria della gara, avendo offerto il ribasso del 36,1112%, è insorta contro gli atti della gara con il ricorso introduttivo, affidato ai seguenti motivi:

I. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di esclusione, non esistendo alcuna norma che faccia divieto ad un'impresa non invitata di partecipare ad una gara di appalto, allorché essa soddisfi tutti i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante.

La giurisprudenza ritiene, in proposito, che ove le esigenze di semplificazione ed accelerazione non siano lese, risponde all'interesse pubblico di assicurare un'ampia concorrenzialità l'ammissione alla procedura negoziata anche dell'operatore economico, in possesso dei prescritti requisiti, che abbia presentato la propria offerta ancorché non previamente invitato.

Nel caso di specie, l'amministrazione ha invitato 20 imprese, scelte arbitrariamente, non avendo pubblicato alcun avviso esplorativo, né attinto da un elenco determinato di imprese, in violazione della legge e delle linee guida n. 4 dell'ANAC.

L'impresa Di Fil, venuta a conoscenza della gara de qua, vi ha partecipato legittimamente, nonostante non invitata, senza che rilevi il modo in cui essa ne sia venuta a conoscenza, trattandosi di una procedura di evidenza pubblica, le cui fasi sono assoggettate, per legge, al principio di trasparenza e pubblicità degli atti.

II. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta - in subordine- l'illegittimità dell'intera procedura di gara, con la conseguente necessità del rifacimento della procedura sin dalla sua indizione, per violazione degli artt. 30 e 63, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 e dei principi dell'evidenza pubblica, di trasparenza, pubblicità e concorrenza, avendo l'amministrazione fatto ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, in mancanza dei presupposti di legge e di un'adeguata motivazione della scelta così operata.

Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente impugna la determina dirigenziale 2086 del 4 dicembre 2018 di aggiudicazione definitiva.

Si è costituita in giudizio la controinteressata la quale ha formulato eccezioni in rito ed in merito.

Sotto il primo profilo, eccepisce la tardività dell'impugnazione, osservando che l'impresa Di Fil, alla data del 12 ottobre 2018, in cui è stata adottata dal Comune resistente la nota d'invito alla gara delle 20 imprese (Di Fil esclusa), e, comunque, in quella successiva del 25 ottobre (scadenza del termine di presentazione delle offerte di gara), era nella condizione di percepire la portata ed efficacia escludente della determina d'indizione della gara n. 1575 del 10 ottobre 2018.

Ne consegue che il predetto bando di gara e la conseguente nota del 12 ottobre, concretizzante l'immediata efficacia lesiva del bando, si sarebbero dovute impugnare entro il successivo 11 novembre 2018; o tutt'al più, entro il successivo 24 novembre 2018.

Essendo stato il ricorso notificato soltanto in data 27 novembre, lo stesso sarebbe inammissibile.

Nel merito, la controinteressata deduce la infondatezza del ricorso, perché venendo in considerazione lavori d'importo inferiore a 150.000,00 euro, e sussistendo presso il Comune di Ragusa apposito albo-elenco di operatori qualificati per i lavori oggetto di gara, non vi è dubbio circa la legittimità della procedura .

Sarebbe, poi, legittima l'esclusione dell'impresa ricorrente, la cui partecipazione alla procedura non avrebbe garantito il principio di segretezza dell'elenco dei soggetti invitati a presentare offerta, che non deve essere noto fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime.

Quanto al II motivo di ricorso, la controinteressata invoca le disposizioni di cui alla Legge finanziaria per il 2019 (L. n. 145/2018), comma 912.

Si è costituita in giudizio anche il Comune di Ragusa, il quale eccepisce che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente,

nella determinazione a contrarre n. 251 del 09.10.2018 l'art. 63 non è affatto menzionato, essendo, invece, espressamente detto che l'affidamento dei lavori sarebbe stato effettuato “ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. B) del D.Lgs. 50/2016”.

In ogni caso, gli artt. 36 e 63 del D. Lgs. n.50/2016 hanno diversi ambiti applicativi.

L'art. 36 disciplina i casi in cui si può procedere all'affidamento di gare sottosoglia con affidamento diretto o mediante invito rivolto solo ad alcuni operatori economici.

L'art. 63 disciplina l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara senza alcuna indicazione di importi di gara.

Il Comune di Ragusa ha indetto una procedura ex art. 36, nell'ambito della quale ha individuato i soggetti partecipanti dall'apposito elenco di operatori economici creato per scegliere i soggetti da invitare ad una determinata procedura negoziata, suddiviso per categorie merceologiche; albo creato attraverso la pubblicazione di un avviso pubblico sul profilo del committente.

Specifica, ancora, il comune che la procedura per cui è causa prevede lavorazioni riconducibili alla categoria OG1 (lavori edili) e nel sopracitato elenco sono presenti n. 176 imprese, tra le quali anche l'impresa Di Fil s.r.l., ricorrente.

L'interesse pubblico all'ampliamento della platea delle imprese in gara è stato, ad avviso del comune, soddisfatto dal numero notevolmente superiore di soggetti concretamente invitati dal Comune di Ragusa (n. 20) rispetto al numero minimo di operatori economici da invitare (n. 10).

Quanto al secondo motivo di ricorso, il comune eccepisce che alla gara in questione non è applicabile l'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016, trattandosi di procedura indetta ai sensi dell'art.36, comma 2, lett. b) del D. Lgs. n. 50/201, in considerazione dell'importo dei lavori, pari ad € 149.866,29.

Quando la possibilità di partecipare a tali procedure in carenza di invito, il Comune invoca la decisione del TAR Bologna, n. 968 dell'11.12.2018, secondo la quale in presenza di un numero minimo dei soggetti da invitare e di precise modalità di scelta, non costituirebbe un valore ampliare la possibilità della concorrenza laddove partecipi un operatore non previamente individuato con le modalità previste dal Codice dei contratti e ribadite nelle Linee guida. Con ordinanza numero 78/2019 depositato il 21 gennaio 2019 questa sezione ha ravvisato elementi di possibile fondatezza, suscettibili del necessario approfondimento nel merito, disponendo la fissazione dell'udienza di trattazione.

In vista di quest'ultima, tutte le parti hanno presentato memorie.

Il Comune eccepisce che la ricorrente era stata invitata dal Comune di Ragusa, pochi mesi prima della gara oggetto dell'odierno ricorso, in un'altra procedura in cui era richiesta la categoria OS28, avente ad oggetto "Richiesta preventivo per il servizio di manutenzione ordinaria degli impianti di riscaldamento e condizionamento degli edifici scolastici e stabili comunali".

Pertanto, in virtù del principio di rotazione, non avrebbe potuto partecipare alla gara in questione.

Anche la controinteressata insiste sul fatto che la stazione appaltante avrebbe fatto bene a non invitare la Di Fil alla gara de qua perché già invitata in una precedente procedura negoziata.

La ricorrente ribadisce che l'amministrazione resistente si limita a contestare un principio giurisprudenziale indiscusso; la sentenza n. 968/2018 del TAR Bologna richiamata dalla difesa dell'amministrazione regola, invece, un caso opposto a quello di specie in cui era stata invitata un'impresa non iscritta nell'elenco degli operatori della S.A.

Quanto alla questione relativa al principio di rotazione, la ricorrente osserva, anzitutto, che l'esclusione della Di Fil dalla gara de qua è avvenuta perché ritenuta non legittimata a partecipare ad una procedura negoziata perché non invitata.

Inoltre, non rileva il fatto che la ricorrente fosse stata invitata (quasi un anno prima) a presentare un preventivo in un'indagine di mercato, riguardando una categoria di lavori speciale, che possiedono poche imprese (le quali vengono quindi tutte invitate), diversamente da quella oggetto della gara de qua, la categoria OG1, posseduta da 176 imprese; tra l'altro, il numero dei lavori messi a bando che richiedono tale categoria è la maggior parte.

Non ricorrono comunque – nel caso di specie – i presupposti per il ricorso alla rotazione (in danno della ricorrente), dal momento che questa non era stata in precedenza destinataria di alcun affidamento, di alcun tipo.

All'udienza pubblica del 18 aprile 2019, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Il Collegio prende in esame l'eccezione di tardività sollevata dalle difese dell'Amministrazione ma ne ravvisa l'infondatezza, in considerazione del fatto che, come verrà meglio esposto infra, la circostanza che un'impresa non venga invitata ad una procedura

negoziata non le preclude la partecipazione ove la stessa comunque sia venuta a conoscenza.

In considerazione di ciò, la ricorrente non aveva alcuna motivazione ed interesse ad impugnare la lettera invito e la presupposta determina a contrarre, privi di efficacia lesiva in quanto non escludenti.

II. Altra questione preliminare da risolvere è quella sollevata dalle difese dell'Amministrazione e della controinteressata circa la legittimità della decisione di non invitare l'impresa ricorrente in funzione del principio della rotazione.

Per i contratti sotto soglia, l'art. 36, comma 1 e comma 2 lett. b), d.lgvo. n. 50 del 2016 prevede che l'affidamento debba avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese.

Secondo la giurisprudenza, detto principio risponde all'esigenza di evitare la c.d. asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), nonché in capo all'operatore invitato nella precedente procedura di selezione della Stazione Appaltante, senza che risultasse affidatario (per il quale il rischio di consolidamento della rendita di posizione è certamente attenuato rispetto alla posizione di vantaggio che caratterizza il gestore uscente): in termini T.A.R. Campania, sez. IV, 09/07/2018, n.4541.

Ma se tale è la ratio del principio, risulta evidente come allo stesso risulti estranea la fattispecie in cui l'operatore economico sia stato invitato a differenti gare, per le quali è stata richiesta una diversa

qualificazione, così come nel caso in esame in cui l'impresa ricorrente - per come pacifico tra tutte le parti in giudizio- era stata invitata ad una precedente procedura negoziata per la quale era richiesto il possesso di una categoria diversa (OS28 invece che OG1) rispetto quella di cui alla gara per cui è causa.

In tale situazione, non si rinviene alcuna giustificazione per estendere l'applicazione del principio di rotazione.

L'eccezione dev'essere quindi respinta.

III. Il ricorso, ad avviso del Collegio, è fondato, sotto l'assorbente profilo fatto valere dalla ricorrente con il primo motivo di ricorso.

In proposito, il Collegio ritiene di aderire al filone giurisprudenziale secondo il quale <Qualora l'amministrazione abbia individuato gli operatori economici idonei a partecipare ad una procedura negoziata e, pertanto, invitati a partecipare alla stessa, non può negarsi ad un operatore economico non invitato, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell'offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento semplificato delineato dall'art. 122, comma 7, e 57, comma 6, del d.lg. n. 163/2006: conseguentemente anche gli altri partecipanti, in quanto invitati, non possono dolersi della

partecipazione alla gara di un operatore economico e tanto meno dell'aggiudicazione in favore di quest'ultimo della gara, salva evidentemente la ricorrenza di vizi di legittimità diversi dal fatto della partecipazione in quanto non invitato. Una simile interpretazione è conforme non solo e non tanto al principio del favor participationis, costituendo piuttosto puntuale applicazione dell'altro fondamentale principio di concorrenza cui devono essere ispirate le procedure ad evidenza pubblica e rappresentando contemporaneamente anche un ragionevole argine, sia pur indiretto e meramente eventuale, al potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di scelta dei contraenti (in termini, T.A.R. Abruzzo, sez. I de L'Aquila, 25/10/2018, n.397) >.

Tale orientamento convince perché in linea con il principio del favor per la massima partecipazione, a vantaggio dell'interesse pubblico all'ampliamento della platea delle imprese in gara ed a quello delle imprese ad una maggiore concorrenzialità.

Né sussiste alcuna lesione del principio di segretezza delle offerte, principio che tutela, appunto, la segretezza delle offerte, non dell'indizione di una gara, soggetto, al contrario, ai principi di trasparenza e pubblicità degli atti.

Conseguentemente, previo assorbimento degli ulteriori profili di censura, al cui esame parte ricorrente non mantiene alcun apprezzabile interesse, deve essere annullata l'esclusione dell'impresa ricorrente e, derivatamente, l'aggiudicazione in favore della controinteressata, disponendosi, altresì, l'inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato.

IV. La richiesta di risarcimento dei danni non può, allo stato, trovare accoglimento.

Infatti, per effetto dell'annullamento della disposta esclusione, la procedura di gara deve retroagire alla fase delle ammissioni ed esclusioni, di guisa che dovrà essere valutato il possesso in capo all'impresa ricorrente dei requisiti di partecipazione alla gara e la regolarità della documentazione.

In esito a tale valutazione, l'Amministrazione procederà, se del caso, all'aggiudicazione in favore della ricorrente, con ripristino integrale della posizione giuridica oggetto di tutela con il gravame in oggetto.

Solo qualora, medio tempore, fossero state eseguite parte delle prestazioni oggetto dell'appalto, la ricorrente potrà motivatamente agire per il risarcimento per equivalente.

V. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati e dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato.

Rigetta, allo stato, la domanda di risarcimento dei danni.

Pone a carico del Comune di Ragusa e dell'impresa Scifo Giorgio, in solido, spese ed onorari di giudizio della ricorrente, complessivamente liquidati nella misura di euro 2.500,00, oltre accessori e C.U.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Maria Stella Boscarino

IL PRESIDENTE

Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO