



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 Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 353 del 2007, proposto da:
Fumasoli Ing. Antonio, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro
Giraudò, Elena Manetti, con domicilio eletto presso Elena Manetti in
Firenze, piazza Beccaria 7;

contro

Comune di Sorano, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio
Andreani, con domicilio eletto presso Antonio Andreani in Firenze,
via Fra' D. Buonvicini, 21;

nei confronti di

Moretti Luca, rappresentato e difeso dall'avv. Stefania Maestrini, con
domicilio eletto presso Marco Lenzi in Firenze, via della Cernaia 48;

per l'annullamento

della determinazione del responsabile del Servizio n.137 del

23.12.2006, pubblicata all'Albo Pretorio dal 27.12.2006 al 11.01.2007, di "affidamento incarico di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori occorrenti per il completamento del consolidamento del Centro Storico di Sorano - approvazione verbale, nonché di tutti gli atti ad essa presupposti, preparatori, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sorano e di Moretti Luca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2011 il dott. Maurizio Nicolosi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Con atto notificato il 23 febbraio 2007 e depositato l'8 marzo seguente, il nominato ricorrente ha impugnato il provvedimento in epigrafe indicato e ne ha chiesto l'annullamento deducendo tre motivi.

Esponendo di avere partecipato alla procedura di gara per l'affidamento di un incarico di direzione lavori e coordinamento in fase di esecuzione dei lavori occorrenti per il completamento del

consolidamento del Centro storico di Sorano, ma di esserne stato escluso per eccessivo ribasso dell'offerta presentata, il medesimo deduce avverso il provvedimento impugnato:

- che non ricorrevano le condizioni per l'applicazione della normativa in materia di esclusione automatica e calcolo della soglia di anomalia in quanto, trattandosi di contratto sotto soglia, tale esclusione, ai sensi dell'art. 122, comma 9, del d. lgs. 163/2006 doveva essere prevista espressamente dal bando, che invece non ne farebbe cenno determinando ciò l'affidamento dei partecipanti per l'applicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso senza valutazione dell'anomalia;

- che l'apertura delle buste pervenute e l'esame della documentazione amministrativa, nonché la successiva apertura delle buste contenenti l'offerta economica sarebbe avvenuto in seduta riservata, senza alcun avviso ai concorrenti, in violazione dell'art. 64, comma 5, del d.p.r. 554 del 1999 che richiede, invece la seduta pubblica per la lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche e all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche;

- che le offerte presentate dall'aggiudicatario, ing. Moretti, dalla società Aicom, dal dr. Castellani, dall'Area Progetto Associati, dall'arch. Falchi, dall'A4 Ingegneria, dagli ing Di Felice, Celi, Santangelo, Mauro, nonché dalla soc. Archimede sarebbero inammissibili per gli specifici motivi indicati in ricorso e che quindi solo due sarebbero le offerte ammissibili, comportando questo, sotto

altro profilo, l'impossibilità di procedere all'esclusione automatica dell'offerta del ricorrente per anomalia.

Replica il comune di Sorano, costituitosi in giudizio con memorie con le quali ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo trattandosi di contratto che non supera la soglia di rilevanza comunitaria afferente un incarico professionale che sarebbe soggetto solo all'autonomia negoziale privata dell'Ente. Ha eccepito anche il difetto di interesse, non avendo censurato la sostanza della determinazione assunta dall'Amministrazione sull'anomalia dell'offerta né avendo dimostrato che per effetto dell'ammissione alla selezione sarebbe risultato aggiudicatario. Ulteriore eccezione sollevata è quella dell'improcedibilità derivante dalla mancata notifica del ricorso a tutti i partecipanti le cui offerte, secondo la tesi del ricorrente, sarebbero inammissibili.

Nel merito, l'Amministrazione replica che la previsione dell'esclusione automatica in presenza di oltre 5 offerte per gli appalti sotto soglia sarebbe possibile in base al codice degli appalti non essendo obbligatoria la verifica dell'anomalia dell'offerta; che l'obbligo della pubblicità sarebbe escluso nelle procedure ristrette e negoziate; che le rilevate irregolarità o incompatibilità evidenziate per la maggior parte dei concorrenti non sussisterebbero.

2) Le eccezioni sollevate dalla difesa del comune di Sorano sono infondate e vanno, pertanto, disattese.

2.1. Relativamente al difetto di giurisdizione, va detto che secondo

un costante orientamento giurisprudenziale, dal quale non si ha motivo di dissentire, le controversie attinenti all'affidamento di un incarico di consulenza e coordinamento progettuale di interventi relativi all'esecuzione di un'opera pubblica rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo. Ed infatti, l'art. 3, comma 36, del decreto legislativo n. 163 del 2006 include specificamente nella nozione di "procedure di affidamento" sia l'affidamento di lavori e servizi, o forniture, sia gli incarichi di progettazione mediante appalto come pure l'affidamento di concorsi di progettazione e di idee. L'art. 91, comma 2, del medesimo decreto stabilisce che gli incarichi di progettazione e direzione lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6, del decreto stesso, la quale regola un procedimento ad evidenza pubblica.

Ora, ai sensi dell'art. 244, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006 e ora dell'art. 133 c.p.a., sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie, anche risarcitorie, relative a procedure di affidamento lavori, servizi, forniture svolte da soggetti comunque tenuti (e fra queste le Amministrazioni appaltanti), nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. Quale

siano i soggetti tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione dei procedimenti ad evidenza pubblica sopra indicati lo si ricava dal già citato art. 3 del decreto 163 del 2006 che individua – tra l'altro – le amministrazioni aggiudicatrici includendo nella definizione di tale locuzione anche gli enti pubblici territoriali che, in quanto annoverati nella previsione del codice degli appalti, sono soggetti alle sue norme, si tratti indifferentemente di procedure sopra soglia o sotto soglia per i quali ultimi l'art. 122 prevede sempre, seppure in modo semplificato, una procedura ad evidenza pubblica (cfr. in ultimo Cons. Stato, Sez. VI[^], 24.11.2011 n. 6211).

Il rispetto della normativa statale si impone(va) in base alla normativa sopra richiamata e l'Amministrazione comunale appaltate ne ha fatto piena applicazione richiamando espressamente l'utilizzazione della procedura dell'art. 57, comma 6; donde non vi sono dubbi sulla giurisdizione di questo Tribunale (cfr. sul punto TAR Lombardia, Milano, Sez. 3[^], 10.6.2008 n. 1962).

2.2. Quanto all'eccezione di difetto di interesse, è sufficiente rilevare che il ricorrente impugna il provvedimento conclusivo della procedura censurandola proprio nella parte in cui ha applicato il criterio di esclusione automatica che ha impedito la valutazione dell'affidabilità della propria offerta la quale risultava quella con il maggior ribasso e quindi potenzialmente aggiudicataria.

Relativamente all'eccezione di improcedibilità, va osservato che l'unico soggetto realmente controinteressato è l'aggiudicatario.

Anche a volere considerare le censure che si rivolgono avverso l'ammissione delle offerte degli altri partecipanti non aggiudicatari, va osservato che nessun pregiudizio potrebbero conseguire i relativi proponenti dall'accoglimento del ricorso, non potendo alcuno di essi, per il prezzo offerto, comunque aggiudicarsi l'incarico. Semmai si deve evidenziare che i soggetti non aggiudicatari avrebbero la posizione di cointeressati per la parte del ricorso in cui si censura la violazione del principio di pubblicità della gara, derivando dall'accoglimento di tale motivo il travolgimento dell'intera gara e la ripetizione della stessa.

3) Nel merito il ricorso è fondato sotto gli assorbenti profili dei primi due motivi.

3.1. Quanto al primo motivo, il Collegio osserva che l'art. 122, comma 9, del codice dei contratti, dedicato alla disciplina dei contratti sotto soglia, pur avendo confermato la disposizione appena citata dell'art. 89, comma 4 del D.P.R. n. 554/1989 e quindi la possibilità di esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86, sempre che le offerte ammesse non siano inferiore a cinque, ha subordinato tale facoltà alla espressa previsione contenuta nel bando (o nella lettera di invito in assenza di bando), costituendo tale indicazione un criterio che andava necessariamente pubblicizzato per consentire ai soggetti che intendono partecipare di tenerne conto ai fini della formulazione

dell'offerta.

Ora, la lettera di invito predisposta dall'Amministrazione nulla prevedeva né in termini di esclusione automatica né in termini di anomalia. Donde è illegittima la decisione della commissione (fatta propria dall'Amministrazione) di procedere all'esclusione automatica sulla base del criterio (non pubblicizzato) dell'individuazione della soglia dell'anomalia attraverso il meccanismo del taglio delle ali.

3.2. Altresì fondato è il secondo motivo.

Ed infatti, quella della necessità della seduta pubblica relativamente, almeno, all'apertura del plico contenente la documentazione amministrativa e l'offerta economica, è un principio generale inderogabile in quanto sta a presidio della trasparenza e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, e trova, quindi, applicazione in ogni tipologia di affidamento di opere, servizi e forniture, come è d'altronde affermato a chiare lettere, ed in via di principio, dall'art. 2 del medesimo D.Lgs. n. 163/06 (fra le altre, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2009, n. 6311; id, sez. V, 11 maggio 2007, n. 2355; id., 11 febbraio 2005, n. 388; TAR Toscana, Sez. 2, 17 novembre 2011, n. 1855). Ne consegue che esso trova applicazione anche nella procedura della gara informale senza bando di cui all'art. 57 del d. lgs 163 del 2006.

L'assunto del Collegio trova conforto e conferma, per il principio di ordine generale di pubblicità della seduta di gara, nella recentissima sentenza n. 13 del 28 luglio 2011 dell'Adunanza Plenaria del

Consiglio di Stato.

3.3. L'accoglimento dei motivi in esame, invalidando l'intera procedura di gara, rendono recessivo il terzo e ultimo motivo che è da ritenere logicamente subordinato al rigetto dei primi due motivi esaminati.

4) Assorbito, pertanto, l'ultimo motivo, il ricorso va accolto con l'annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese seguono la soccombenza, secondo la liquidazione di cui al dispositivo, con riguardo al rapporto processuale ricorrente – Amministrazione resistente, mentre vanno compensate per il resto anche per non avere prodotto l'unico controinteressato costituito scritti difensivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Sorano al pagamento, in favore del ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in euro 2000,00, oltre accessori di legge. Spese compensate per il resto.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 20

dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente, Estensore

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2012

IL SEGRETARIO

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