

REPUBBLICA ITALIANA

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 2367 del 2014, proposto da:
Ecogest - Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli
avv. Antonio Barone e Elena Frasca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Mauro Di Pace in Catania, corso delle Province 247;

contro

Consorzio per le Autostrade Siciliane - Messina, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Rotigliano, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Figuera in Catania, Via
Francesco Crispi 225;

nei confronti di

Grandi Vivai Sciacca – Srl, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

per l'annullamento

- di tutti i provvedimenti e atti con i quali è stato aggiudicato alla controinteressata
l'appalto bandito dal Consorzio per le Autostrade Siciliane per l'affidamento dei
"Lavori urgenti di manutenzione straordinaria degli spazi verdi della tratta
autostradale Messina-Palermo A/20 per la risoluzione dei problemi di sicurezza
stradale e di prevenzione incendi a tutela della pubblica incolumità", ivi compresi:
la lettera d'invito alla procedura ristretta trasmessa dal CAS tramite pec in data 4-7-
2014; il decreto dirigenziale del CAS n° 129/DATE del 22-5-2014; il decreto
dirigenziale del CAS di rettifica n° 160/DATE del 2-7-2014; i verbali di gara del 15

e 17 luglio 2014; il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, ancorché non conosciuto; il decreto dirigenziale del CAS n° 181/DATE del 24-7-2014; la nota del CAS prot. n° 11656 del 29-7-2014 Sez. P; la nota del CAS prot. n° 11665 del 29-7-2014 Sez. P.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Per Le Autostrade Siciliane - Messina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2015 la dott.ssa Gabriella Guzzardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente che ha partecipato alla procedura ristretta bandita, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ex art. 82, c.2, lett.a) del D.L.vo n. 263/2006, dal Consorzio per le Autostrade Siciliane per la realizzazione di “lavori urgenti di manutenzione straordinaria degli spazi versi della tratta autostradale Messina- Palermo A/20 per la risoluzione dei problemi di sicurezza stradale e di prevenzione incendi a tutela della pubblica incolumità” (gara contraddistinta con il n. 103) impugna l’aggiudicazione definitiva di tale gara alla ditta Grandi Vivai Sciacca, con il ribasso del 43,60% , e la propria esclusione automatica intervenuta in applicazione dell’art. 122 c.9 del D. L.vo 263/2996, avendo la stessa offerto il ribasso del 57,8000% superiore alla soglia di anomalia (47,2190%).

Contesta in via preliminare l’esito negativo del preavviso di ricorso dalla stessa ricorrente proposto alla stazione appaltante, affermando che la mancata impugnazione della lettera d’invito nella parte in cui la stessa qualifica come lavori

e non come servizi l'oggetto della selezione e nella parte in cui è prevista l'applicazione dell'art. 122 c.9 del D. L.vo 263/2006, che contiene la disciplina della esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86, non determina l'inammissibilità del ricorso in applicazione dei principi enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sent. N. 1/2003.

A sostegno del ricorso vengono quindi dedotte le seguenti censure:

1) Illegittima ed errata qualificazione delle attività oggetto della "Gara n. 103" come "lavori", anziché come "servizi"; - Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del D. L.vo n. 163/2006; - Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Sostiene la società ricorrente che l'oggetto della gara, sostanzialmente di manutenzione del verde pubblico, sarebbe riconducibile a "servizi" e non a "lavori". Conseguentemente anche la indicazione della categoria SOA OS24 sarebbe errata, poichè non afferente a "servizi" ma a "lavori".

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 122 c.9 del D. Lvo 262/2006, Violazione e falsa applicazione dell'art. 284 del D.P.R. n. 207/2010.

La possibilità di procedere alla esclusione automatica secondo il meccanismo disciplinato dall'art. 122 c. 9 del D. L.vo sarebbe riservata esclusivamente agli appalti di lavori e non anche agli appalti di servizi, categoria alla quale si ritiene essere rientrante la procedura de qua.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 124, c.8, dell'art. 87 e dell'art. 88 del D. L.vo 163/2006.

Sempre partendo dal presupposto che qui si tratti di appalto di servizi e non di lavori, la società ricorrente afferma che la possibilità della esclusione automatica non poteva essere inserita nella lettera d'invito essendo l'Amministrazione obbligata a procedere alla verifica dell'anomalia con i criteri e la procedura di cui agli artt. 87 e 88.

4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 42 del D. L.vo n. 163/2006.

La lex specialis di gara sarebbe altresì illegittima perché non prevede per le imprese partecipanti, il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica, requisiti che la società ricorrente assume possedere.

La stazione appaltante, costituita in giudizio, rileva in via preliminare i profili di inammissibilità delle domande contenute in ricorso poiché, ove il ricorso venisse accolto, si dovrebbe dichiarare la illegittimità della lettera d'invito con effetti caducanti sull'intera procedura. Nel merito eccepisce la infondatezza del ricorso, nella considerazione che, ove la gara fosse non di lavori, ma di servizi rientranti nell'allegato IIB al codice, la stazione appaltante, non avendo obbligo di uniformarsi alle disposizioni del codice contratti al di fuori delle disposizioni indicate nell'art. 28, sarebbe comunque libera di determinare il criterio di aggiudicazione e la sorte delle offerte anomale in applicazioni di norme che ritiene di richiamare nel bando, espressamente accettate dai partecipanti alla selezione.

Precisa infine il C.A.S. che nel caso di specie si è inteso bandire la gara per l'espletamento dei lavori di cui alla categoria OS24 che riguarderebbe i lavori attinenti al verde non solo urbano.

Con memoria depositata in data 10 marzo 2015 la società ricorrente resiste alle eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate ex adverso sostenendo di vantare comunque un interesse strumentale ed insiste nell'accoglimento del ricorso.

La stazione appaltante con la memoria depositata in data 14 marzo 2014 replica alle deduzioni di parte ricorrente ed insiste nella qualificazione della gara in questione quale gara di appalto di lavori e non di servizi.

Alla Pubblica Udienza del 23 marzo 2015, in sede di discussione, la difesa del Consorzio resistente ha precisato che dell'appalto in questione è stata data completa esecuzione; la causa è stata quindi trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Tutto ciò premesso in fatto, il Collegio prescinde dalla valutazione della eccezione di inammissibilità delle richieste contenute in ricorso, formulata dalla difesa della stazione appaltante, stante la infondatezza dello stesso.

Come è dato desumere dagli atti prodotti in giudizio, la stazione appaltante ha inteso fare applicazione nel caso di specie delle regole che disciplinano la valutazione dell'anomalia dell'offerta nell'ambito degli appalti di lavori pubblici, ambito nel quale si è inteso con la lettera d'invito fare rientrare la gara in questione. Rileva il Collegio che, a prescindere dal nomen iuris attribuito dal C.A.S, si tratta nel caso di specie di affidamento di servizi e non di lavori alla luce della dettagliata descrizione delle attività che costituiscono oggetto della gara contenuta nella lettera d'invito (sfalcio di erbe, decespugliamento, **potatura** e vangatura) con esclusione di qualsiasi attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione o manutenzione di opere (in termini Tar Campania Napoli, sent. n. 1549 del 3/4/2012 e giurisprudenza ivi richiamata). Tale qualificazione è conforme a quanto ha precisato l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con delibera n. 72 del 6/03/2007 specificando che la manutenzione del verde pubblico, tutte le volte in cui l'attività non comporti la modificazione dello stato fisico dei luoghi, rientra nell'ambito dei servizi di cui all'allegato II B, sub 27.

Ciò, però, non determina l'accoglimento del ricorso.

Ed invero, la stazione appaltante, pur non essendo obbligata ex lege ad applicare le norme del codice dei contratti, ad eccezione delle disposizioni a tutela dei principi di trasparenza, efficacia, imparzialità, parità di trattamento ed economicità richiamati nell'art. 27 Codice Contratti, può liberamente decidere di rendere cogenti norme del codice sulla scorta di scelte discrezionali all'uopo operate, mediante il riferimento a tali norme contenute nelle lex speciali di gara.

Ed è proprio ciò che è stato fatto nella fattispecie all'esame dalla stazione appaltante la quale, ritenuta una qualche analogia tra le opere di realizzazione e

manutenzione di verde urbano cui afferisce la SOA OS 24, di cui si è richiesto il possesso ai partecipanti alla selezione, e la manutenzione straordinaria degli spazi verdi della tratta autostradale Messina Palermo che costituisce oggetto della selezione in contestazione, si è determinata ad applicare, per la individuazione della anomalia delle offerte e per la esclusione automatica di quelle che superano tale soglia, le disposizioni di cui all'art. 122 del c. contratti, disposizioni richiamate espressamente nella lettera d'invito ed accettate senza alcuna obiezione dalla società ricorrente che ha partecipato alla gara.

Alla luce delle argomentazioni fin qui addotte, anche l'ultima censura posta a sostegno del ricorso è infondata non sussistendo alcun obbligo per la stazione appaltante di applicare le disposizioni di cui agli artt. 41 e 42 del D. L.vo n. 163/2007, non rientrando tali indicate disposizioni tra quelle che con carattere cogente devono essere applicate a tutti i procedimenti di selezione dei contraenti per l'esecuzione di pubblici servizi, rientranti nella classificazione di cui alla tabella IIB allegata al codice appalti.

La rilevata infondatezza di tutte le censure addotte determina il rigetto del ricorso.

Le spese del giudizio, data la non coerente formulazione del bando di gara con riferimento alla qualificazione degli interventi che ne costituiscono oggetto, che può avere determinato qualche incertezza interpretativa, possono andare compensate tra le parti.

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 rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2015 con
l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere, Estensore

Eleonora Monica, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2015

IL SEGRETARIO

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