



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 il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1022 del 2008, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Maurizio Raffaele Tarquinia, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Notarfonso,
con domicilio eletto in Latina presso la Segreteria della Sezione via A. Doria, 4;

contro

Comune di Monte San Biagio in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso
dall'avv. Giovanni Fusco, con domicilio eletto presso Giovanni Fusco in Latina,
via Pio VI°, 36;

nei confronti di

Giuseppe Cimino, Gerardo Barlone, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Di
Ciollo, con domicilio eletto presso Francesco Avv. Di Ciollo in Latina, via
Carducci, 7; Giovanni Bianchi, rappresentato e difeso dall'avv. Tiziana Agostini,
con domicilio eletto presso Tiziana Avv. Agostini in Latina, via Carducci N.7;

per l'annullamento

della determina n. 72 del 25 giugno 2008 con la quale il responsabile dell'area lavori
pubblici del Comune di Monte San Biagio ha affidato, a "trattativa diretta", la

realizzazione di 96 loculi cimiteriali in zona A – 2[^] fase alla Ditta Cimino Giuseppe;

della delibera n. 190 del 19 settembre 2008 della Giunta Comunale del comune di Monte San Biagio

della determina n. 114 del 3 ottobre 2008 del responsabile dell'Area Tecnica LL.PP. del Comune di Monte San Biagio

della determina n. 26 del 24 febbraio 2010 emessa dal Responsabile dell' Area Tecnica-LL.PP. del Comune di Monte San Biagio con la quale vengono aggiudicati definitivamente i lavori di costruzione di n. 48 loculi cimiteriali all'impresa Bianchi Giovanni

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Monte San Biagio in Persona del Sindaco P.T. e di Giuseppe Cimino e di Gerardo Barlone e di Giovanni Bianchi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2010 il dott. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 3.11.2008, tempestivamente depositato, il deducente ha impugnato la determina 25.6.2008, n. 72, con cui il Responsabile dell'Area Lavori Pubblici del Comune di Monte San Biagio ha affidato a “trattativa diretta” la realizzazione di n. 96 loculi cimiteriali in zona A – 2 alla ditta Cimino Giuseppe, nonché i precedenti atti di cui è stato richiesto l'accesso, denunciandone l'illegittimità: 1) per violazione degli artt. 56, 57 e 122 D.Lgs n. 163 del 2006;

nonché per eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti; difetto di motivazione, non sussistendo i presupposti per potere dar luogo alla procedura di affidamento a “trattativa privata”; 2) per violazione degli artt. 57 e 122 D.Lgs n. 163 del 2006; nonché per eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità, dovendo ritenersi illegittima la procedura seguita dalla stazione appaltante che ha direttamente contattato l'impresa affidataria senza prima individuare altri operatori economici presenti sul mercato.

Con memoria notificata il 30 ed il 31.3.2009 il ricorrente ha dedotto motivi aggiunti, denunciando: 3) violazione degli artt. 48, 57 e 122 del d. lgs n. 163 del 2006; eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità, nonché per difetto di motivazione e sviamento.

Con successiva memoria, notificata l'8.6.2009, il ricorrente ha dedotto ulteriori motivi aggiunti, denunciando: 4) violazione degli artt. 28, 29, 56, 57 e 122 del d. lgs n. 163 del 2006; eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti; difetto di motivazione.

Il Comune di Monte San Biagio si è costituito in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso e richiedendone nel merito la reiezione.

Si sono, altresì, costituite le ditte Cimino Giuseppe e Borlone Gerardo, che hanno assunto identiche conclusioni.

Con memoria depositata in data 23.7.2004 l'istante ha ulteriormente insistito nelle proprie conclusioni, cui ha replicato sia il Comune di Monte S. Biagio che il controinteressato.

In occasione della camera di consiglio del 26.2.2009 la Sezione accoglieva la proposta domanda incidentale.

Successivamente, all'udienza del 7.10.2010, la causa è stata trattenuta a sentenza.

DIRITTO

Il ricorso in esame è finalizzato all'annullamento della procedura - mediante trattativa diretta - di affidamento dei lavori relativi alla costruzione "blocco loculi in zona A/2^ fase, del cimitero comunale di Monte S. Biagio.

Il ricorrente titolare di una ditta edile, operante nel settore, con sede nel comune di Monte S. Biagio ha impugnato la determina del Responsabile dell'Area n. 72/08 al fine di ottenere la caducazione dell'intera procedura di affidamento, allegatamente elusiva della normativa sugli appalti..

Devono preliminarmente essere esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso formulate dalle controparti.

Anzitutto deve essere esaminata l'eccezione di carenza d'interesse, non avendo la ricorrente dimostrato di essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28 del d.P.R. 34/2000.

Detta eccezioni è, tuttavia, priva di pregio, dovendosi rilevare che "le deliberazioni con le quali l'Amministrazione pubblica dispone la conclusione di un contratto a trattativa privata possono essere impuginate in sede giurisdizionale da tutti gli operatori del settore, che lamentano la violazione della regola della par condicio" (cfr.C.d.S., V, 22 marzo 1995, n. 454; 14 novembre 1996, n. 1374; 19 marzo 1999, n. 292).

La difesa dell'Amministrazione comunale e quella del controinteressato hanno, poi, eccepito la tardività dell'atto introduttivo.

Anche tale eccezione è infondata.

Osserva, anzitutto, il Collegio che l'impugnata determina n. 72/08 è stata affissa all'Albo pretorio comunale in data 30 giugno 2008; il ricorso è stato, perciò, tempestivamente proposto, tenuto conto che i termini d'impugnazione iniziavano a decorrere dal giorno 16 luglio 2008 (15 gg. dalla pubblicazione). Tenuto conto della sospensione dei termini feriali, la consegna della copia del ricorso all'ufficiale

giudiziario ai fini della notifica (avvenuta il 3 novembre) è stata dunque tempestivamente effettuata il 27 ottobre 2008.

Anche tale eccezione deve essere perciò disattesa.

Nel merito il ricorso è fondato.

Con il primo motivo la parte ricorrente lamenta la carenza dei presupposti per poter dar luogo all'affidamento a "trattativa diretta" dei menzionati lavori.

Nella prospettazione della ditta deducente non ricorrerebbe, in primo luogo, il requisito dell'estrema urgenza di provvedere alla realizzazione dei suindicati lavori, in considerazione della circostanza che l'allegata urgenza si sarebbe protratta per oltre cinque anni.

Soggiunge l'interessata che la mancata disponibilità di loculi presso il cimitero comunale costituiva peraltro un fatto assolutamente notorio, la cui causa poteva essenzialmente rinvenirsi nella inadeguata capacità programmatoria dell'amministrazione comunale.

Inoltre, la suddivisione in tre lotti dei lavori di rifacimento dei predetti loculi cimiteriali, avrebbe celato una mera finalità elusiva delle norme poste a presidio degli appalti pubblici.

Ad avviso dell'interessato il dubbio sarebbe per altro confermato oltre che dall'importo dei lavori sensibilmente inferiore alla soglia comunitaria (€ 99.000,00), dalla circostanza che sommando tale importo con quello della seconda fase certamente si sarebbe superata la vista soglia.

Difatti già in passato i lavori di costruzione di 160 loculi erano stati affidati dall'amministrazione comunale alla ditta controinteressata; laddove, con l'impugnata determina sono stati affidati, sempre a trattativa privata, i lavori di prosecuzione di altri loculi alla medesima ditta (seconda fase). Da ultimo, con la successiva determina n. 175, impugnata con motivi aggiunti, sono stati affidati -

anche qui a trattativa privata - alla ditta Borlone i lavori di costruzioni di altri n. 48 loculi presso lo stesso cimitero comunale.

Nelle deduzioni difensive, l'amministrazione giustificava il reiterato ricorso alla trattativa diretta, rappresentando la necessità di poter finanziare la prosecuzione dei lavori con la vendita dei loculi oggetto dei primi affidamenti.

Detto ordine di idee non può essere condiviso.

Osserva, anzitutto, il collegio che nei contratti delle amministrazioni e dei soggetti assimilati l'ordinamento guarda con molta circospezione all'istituto della trattativa diretta, disciplinandolo con molto rigore e costringendo i pubblici poteri ad evidenziare in sede di provvedimento puntuale le eccezionali circostanze che ne avrebbero in concreto legittimato il ricorso.

E' stato evidenziato in giurisprudenza che "dalla vigente normativa discende, infatti, l'obbligo del rispetto delle regole di evidenza pubblica anche nelle ipotesi di appalti pubblici c.d. sotto soglia, dovendosi configurare l'utilizzo della procedura negoziata alla stregua di una evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche in ogni caso necessitanti di adeguata motivazione".

Nella specie, non sembrano tuttavia sussistere le condizioni previste dalla normativa di derivazione comunitaria o nazionale per l'eventuale deroga alla pubblicazione di un avviso di gara.

Il punto decisivo della controversia consiste, quindi, nell'accertamento della ricorrenza o meno delle condizioni su cui poggia la scelta di aver individuato il soggetto affidatario dei lavori mediante l'utilizzo della trattativa diretta.

Il Collegio è dell'avviso che dette condizioni non ricorrano nel caso in esame.

In primo luogo, la circostanza che il Comune aveva già conferito - a trattativa privata - al controinteressato il medesimo servizio (I° fase), conduce alla

ragionevole conclusione - tenuto conto del complessivo importo dei lavori – di un indubbio superamento della soglia di rilevanza comunitaria.

Nel caso di specie l'intento perseguito dal comune di Monte san Biagio mediante il visto frazionamento dei lavori fa dunque ragionevolmente supporre una volontà certamente idonea ad eludere il rispetto della vista normativa in materia di gare pubbliche .

Conseguentemente il Comune di Monte San Biagio, in quanto obbligato al rispetto della richiamata normativa, non avrebbe potuto - attraverso la scelta imprenditoriale di scorporare i lavori e di affidarli in separate fasi - eludere i precetti cogenti della disciplina comunitaria e di quella nazionale sull'affidamento dei lavori pubblici

Che il frazionamento dei lavori fosse rivolto a sfuggire all'osservanza della normativa indicata si desume, induttivamente, poi dall'insieme dei seguenti elementi indiziari, gravi, precisi e concordanti. Esiste una sostanziale omogeneità tecnico-operativa delle prestazioni richieste alle due ditte contro interessate per l'esecuzione dei lavori dei loculi cimiteriali; non è stata addotta una adeguata motivazione, vuoi tecnica, vuoi economica, vuoi d'altro genere a supporto della determinazione con cui il l'Amministrazione comunale ha stabilito di scindere in tre parti separate l'affidamento dei lavori.

La giurisprudenza amministrativa ha di recente ricordato che “anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 55 del trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive” (così Cons. Stato, sez. VI, 15

novembre 2005, n. 6368; v. anche Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, che richiama Corte giust. Ce, ord. 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19).

Non vi è dubbio che tale frazionamento dei lavori di rifacimento dei loculi abbia di fatto eluso i predetti principi fondamentali.

In conclusione il ricorso deve essere accolto, potendo restare assorbiti gli ulteriori profili di censura non espressamente esaminati.

Le spese seguono la soccombenza e possono essere liquidate nella somma di € 2.000,00 oltre ad oneri di legge, che vanno poste a carico del Comune e Monte san Biagio

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, disattesa ogni diversa domanda o eccezione, accoglie il ricorso proposto dalla ditta Tarquinia Maurizio Raffaele e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Monte san Biagio a corrispondere alla ricorrente la somma complessiva di € 2.000,00 per spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/11/2010

IL SEGRETARIO

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