

Pubblicato il 26/04/2023

N. 00305/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00225/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 225 del 2023, proposto da:

(Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato S. U., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati F. M., V. P. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(Omissis), rappresentata e difesa dagli avvocati E. A. ed A. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione in via cautelare:

a) della determinazione dirigenziale n. 543 del 23 febbraio 2023 (doc. 1) a firma del (Omissis) - trasmessa alla deducente con nota a mezzo PEC prot. n. 0022705/2023 del 27 febbraio 2023 - con cui il Comune di (Omissis) ha aggiudicato in via definitiva la gara avente ad oggetto la "*Gestione dei Servizi Cimiteriali del Comune di (Omissis)*" alla (Omissis) . (C.F. e P. I.V.A. (Omissis)) e approvato tutti gli atti di gara e la relativa graduatoria;

b) del verbale di deliberazione n. 362 del 26 ottobre 2022 (doc. 2) con cui la Giunta comunale di (Omissis) ha approvato il progetto per l'affidamento dell'appalto biennale dei servizi cimiteriali del Comune di (Omissis), in una alla relazione progettuale tecnico- illustrativa (doc. 3) e relativi allegati (docc. 4, 5, 6, 7, 8 e 9) redatti dal Gruppo di Lavoro del Servizio Gare e Contratti - C.U.C. - di cui il (Omissis) è il Dirigente;

c) della deliberazione di Giunta comunale n. 45 del 4 marzo 2022 con cui il Comune di (Omissis) ha adottato il programma biennale delle acquisizioni di forniture e servizi per il periodo 2022-2023;

d) della deliberazione di Consiglio comunale n. 24 del 4 maggio 2022 con cui il Comune di (Omissis) ha approvato il programma biennale delle acquisizioni di forniture e servizi per il periodo 2022-2023 adottato con deliberazione di Giunta n. 45 del 4 marzo 2022 ricomprendente anche il nuovo appalto dei servizi cimiteriali del Comune di (Omissis) per un importo stimato pari a € 402.360,72;

e) della determinazione dirigenziale n. 2669 del 29 ottobre 2022 (doc. 10) con cui il (Omissis), dopo essersi autonominato Responsabile Unico del Procedimento, ha indetto la procedura selettiva di cui è causa, approvato tutti gli atti della gara avente ad oggetto la "*Gestione dei Servizi Cimiteriali del Comune di (Omissis)*" (C.I.G.: (Omissis)) tra cui il quadro economico dell'appalto, l'avviso G.U.C.E., il bando/disciplinare unitamente a tutti gli allegati relativi all'appalto (D.U.V.R.I. e modelli di gara), l'avviso sintetico G.U.R.I. e il relativo estratto redatti dal servizio gare e contratti - C.U.C., la relazione progettuale tecnico- illustrativa, il capitolato speciale di appalto, nonché il relativo schema di contratto;

f) del Bando di gara spedito sulla G.U.C.E. il 18 novembre 2022 (doc. 11);

g) del Disciplinare di gara a firma del (Omissis) e dei parametri di valutazione delle offerte in esso rubricati (doc. 12);

h) del Capitolato speciale di appalto a firma del (Omissis) (doc. 4);

i) della determinazione dirigenziale n. 132 del 17 gennaio 2023 (doc. 14) con cui il (Omissis) già autonominatosi Responsabile Unico del Procedimento, si è autonominato anche Presidente della commissione giudicatrice e nominato gli altri membri della stessa;

l) della determinazione dirigenziale n. 198 del 23 gennaio 2023 (doc. 15) con cui il (Omissis), a fronte della comunicazione da parte di un membro della commissione giudicatrice ((Omissis) di impossibilità a partecipare ai lavori della commissione stessa, ha nominato quale sostituto il suo sottoposto (Omissis);

m) delle dichiarazioni di accettazione dell'incarico e di assenza di condizioni di incompatibilità (doc. 16) a firma del Presidente della commissione giudicatrice (Omissis) e del commissario (Omissis), suo sottoposto;

n) del verbale di gara n. 1 del 20 dicembre 2022 (doc. 14) e delle determinazioni in esso contenute;

o) del verbale di gara n. 2 del 24 gennaio 2023 (doc. 17) e delle determinazioni in esso contenute;

p) del verbale di gara n. 3 del 26 gennaio 2023 (doc. 18) e delle determinazioni in esso contenute, in una ai punteggi assegnati dalla commissione giudicatrice alle offerte dei quattro concorrenti;

q) del verbale di gara n. 4 del 27 gennaio 2023 (doc. 19) e delle determinazioni in esso contenute, in una ai punteggi assegnati dalla commissione giudicatrice alle offerte dei quattro concorrenti;

r) del verbale di gara n. 5 del 7 febbraio 2023 (doc. 20) e delle determinazioni in esso contenute, in una alla proposta di aggiudicazione della gara disposta in favore della (Omissis) (C.F. e P. I.V.A. (Omissis));

s) della determinazione dirigenziale n. 471 del 17 febbraio 2023 (doc. 21) con cui il (Omissis) ha approvato il verbale n. 1 del seggio di gara, le risultanze dei 4 verbali di gara redatti dalla commissione giudicatrice di cui egli stesso era Presidente e la "proposta di aggiudicazione" della gara in favore della (Omissis). (C.F. e P. I.V.A. (Omissis));

t) del contratto d'appalto avente ad oggetto la "gestione dei Servizi Cimiteriali del Comune di (Omissis)" (C.I.G.: 9469849E99) ove nelle more fosse già stato sottoscritto tra l'Amministrazione intimata e (Omissis).;

u) di ogni altro atto preordinato, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati ivi compresi pareri, proposte e valutazioni adottate medio tempore dall'Amministrazione intimata in relazione alla procedura concorsuale ad evidenza pubblica di cui qui si controverte;

nonché per la declaratoria:

- dell'inefficacia, ai sensi degli artt. 122 e 124, co. 2, del c.p.a., del contratto di appalto ove nelle more fosse già stato sottoscritto tra il Comune di (Omissis) e la controinteressata;

e per la condanna:

- dell'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno in forma specifica con conseguente annullamento dell'aggiudicazione definitiva impugnata e dell'intera gara d'appalto per violazione e falsa applicazione dell'art. 77, co. 4, del d.lgs. n. 50/2016 e declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ove il Comune di (Omissis) e la (Omissis) (C.F. e P. I.V.A. (Omissis)) siano già addivenuti (o addivengano nelle more della decisione del ricorso in trattazione) alla stipula dello stesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (Omissis) e di (Omissis).

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2023 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

Con il ricorso in esame (Omissis) contesta gli esiti della gara indetta dal Comune di (Omissis) per l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla (Omissis) (da qui

in poi soltanto “Cooperativa”) di un contratto di appalto avente a oggetto i servizi cimiteriali cittadini, per una durata biennale e un importo a base d’asta di circa 400.000 euro.

La prospettazione di parte ricorrente si incentra sulla ritenuta violazione dell’art. 77 del Codice dei contratti pubblici, in relazione al fatto che il presidente della Commissione di gara era il (Omissis) - il quale, in veste di Dirigente dell’Ufficio Contratti del Comune di (Omissis), oltre che del Gruppo di Lavoro del Servizio Gare e Contratti Centrale unica di committenza, aveva, altresì, approvato la lex specialis di gara e si era autonominato RUP- e che, inoltre, faceva parte della stessa commissione di gara il (Omissis), direttore amministrativo del sopra citato Gruppo di lavoro, come tale gerarchicamente sottoposto al (Omissis)e, comunque, partecipante all’istruttoria preliminare all’elaborazione della legge di gara.

Evidenzia, altresì, la ricorrente che proprio le valutazioni discrezionali espresse dalla Commissione di gara sul merito tecnico delle offerte sono risultate senz’altro decisive ai fini dell’esito finale, avendo la stessa Commissione attribuito alla Cooperativa controinteressata il massimo punteggio di 80 punti (su 100) per l’offerta tecnica, a fronte dei 56,46 punti attribuiti alla ricorrente, tanto è vero che, a seguito dell’apertura delle offerte economiche, l’appalto è stato, poi, aggiudicato alla Cooperativa con il punteggio complessivo di 92,60, seguita da (Omissis) con punti 72,15, da (Omissis) con 70,23 punti e da (Omissis) con punti 67,66.

Su tali presupposti la ricorrente chiede disporsi l’annullamento degli atti di gara, nonché, a titolo di risarcimento in forma specifica, che sia dichiarata l’inefficacia del contratto d’appalto eventualmente stipulato con la controinteressata nonché degli atti che compongono la legge di gara ai fini di una completa riedizione della stessa.

Costituitisi in giudizio il Comune di (Omissis) e la Cooperativa controinteressata hanno preliminarmente eccepito la tardività della domanda di annullamento degli atti di nomina dei componenti della Commissione di gara, sul presupposto che quella del (Omissis) era stata pubblicata in data 23 gennaio 2023 e quella del (Omissis) in data 17 febbraio 2023, mentre il ricorso è stato notificato solo in data 24 marzo 2023.

Alla camera di consiglio del 12 aprile 2023, fissata per la discussione dell’istanza cautelare proposta in ricorso, il Collegio ha avvisato le parti della possibilità che la causa fosse decisa con sentenza ai sensi dell’art. 60 del codice del processo amministrativo.

All’esito della discussione il Collegio ritiene che sussistano effettivamente i presupposti per la decisione della causa nel merito.

Deve essere preliminarmente respinta l’eccezione di tardività dell’impugnazione degli atti di nomina dei componenti della Commissione di gara in quanto il Collegio condivide l’orientamento giurisprudenziale, decisamente maggioritario, secondo cui la nomina della Commissione è priva di immediata e autonoma lesività, trattandosi di atto endoprocedimentale che non decide di per sé l’esito della selezione, come tale impugnabile solo unitamente al conclusivo provvedimento di aggiudicazione (cfr., da ultimo, T.A.R. Milano, Sezione IV, 11 luglio 2022 n. 1658; conformi Consiglio di Stato, Sezione V, 9 gennaio 2019 n. 193 e Sezione III, 3 luglio 2018, n. 4054; T.A.R. Napoli, Sezione VIII, 23 aprile 2019, n. 2248; T.A.R. Palermo, Sezione I, 11 marzo 2019, n. 742; TAR Salerno, Sezione I, 23 aprile 2021, n. 1038; T.A.R. Molise, Sezione I, 6 agosto 2020, n. 231).

Nel merito il ricorso è fondato per le ragioni e nei limiti di seguito esposti.

L’art. 77 del Codice dei contratti pubblici prevede, al quarto comma, che *“4. I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*.

La norma è, dunque, sostanzialmente univoca nel proibire che lo stesso funzionario svolga plurime funzioni in seno alla stessa procedura selettiva, contemplando l’unica eccezione di un (eventualmente possibile) compatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di presidente della Commissione.

Nel caso di specie questa regola si poneva quale elemento ostativo alla partecipazione alla commissione da parte del (Omissis), non per il solo fatto che lo stesso si era autonominato RUP, ma soprattutto perché egli aveva approvato, quale dirigente della struttura amministrativa a ciò

competente, il disciplinare di gara e il capitolato d'appalto, cioè gli atti recanti i criteri sulla base dei quali la Commissione presieduta dallo stesso (Omissis) ha, poi, discrezionalmente valutato le offerte delle concorrenti sotto il profilo del merito tecnico, indirizzando in modo decisivo la gara, come già si è riferito.

Non vi è dubbio, infatti, che l'approvazione della legge di gara sia incompatibile con le funzioni di componente della Commissione di gara, sotto il profilo formale perché entrambe rientrano nel fuoco applicativo dell'art. 77, comma 4, del Codice dei contratti pubblici e sotto il profilo sostanziale per l'evidente inopportunità che a predisporre i criteri di valutazione tecnico-discrezionale delle offerte sia proprio lo stesso soggetto chiamato, poi, a effettuare tale valutazione (cfr., in conformità, Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 167 e Sez. VI, 8 novembre 2021, n. 7419).

Né può condividersi il principale assunto difensivo delle controparti secondo cui l'istruttoria prodromica alla redazione degli atti di gara sarebbe stata interamente curata dai funzionari operanti all'interno del Gruppo di Lavoro del Servizio Gare e Contratti Centrale unica di committenza, dunque da soggetti diversi dal (Omissis), il quale, come Dirigente della relativa struttura amministrativa, avrebbe approvato solo formalmente i relativi atti.

Prima di tutto perché questi ultimi hanno acquistato efficacia giuridica solo a seguito della sottoscrizione da parte dell'organo dirigenziale, cioè del (Omissis), unico dotato di poteri con rilevanza esterna, che, in tal modo, li ha fatti propri.

E, in ogni caso, perché la prova del ruolo sostanziale svolto dallo stesso nell'intera procedura si ricava dalle funzioni svolte di RUP e dalla "Relazione tecnico illustrativa", relativa all'oggetto dell'appalto e alle modalità di svolgimento della relativa gara (prodotta dalla ricorrente quale doc. 3), in cui lo stesso Dirigente che l'ha firmata ha svolto un'analisi approfondita di tutti gli aspetti salienti della procedura in questione.

Ciò è sufficiente a rendere illegittimi gli atti impugnati ed è, quindi, per mera completezza che si evidenzia l'infondatezza dell'ulteriore doglianza mossa dalla ricorrente in relazione alla presenza in commissione del (Omissis). Difatti l'assunto si fonda soltanto sull'appartenenza dello stesso, peraltro non in posizione apicale, al Gruppo di lavoro che avrebbe curato la materiale predisposizione degli atti di gara, senza ulteriori precisazioni, mentre secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, efficacemente riassunto da T.A.R. Salerno, Sez. I, 6 maggio 2020, n. 466, l'incompatibilità dei commissari ai sensi dell'art. 77 del Codice dei contratti pubblici deve ricavarsi dal dato sostanziale dell'avvenuta partecipazione del funzionario alla predisposizione della legge di gara, dovendo con ciò intendersi *"non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario"*, laddove *"ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 255)"* e *"detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242 e 23 marzo 2017, n. 1320; Id., Sez. III, 22 gennaio 2015, n. 226)"*.

In ogni caso, sulla base di quanto in precedenza esposto, merita accoglimento la domanda di annullamento della nomina della commissione e di tutti i successivi atti della procedura selettiva, in quanto inficiati dalla presenza in commissione del (Omissis).

Resta da esaminare l'ulteriore domanda con cui la ricorrente chiede, a titolo di risarcimento in forma specifica, che venga dichiarata l'inefficacia del contratto di appalto, se stipulato, nonché del bando e degli altri atti della legge di gara, sul presupposto che quest'ultima, all'esito della presente pronuncia di annullamento, non possa essere riavviata dall'ultimo precedente alla nomina della commissione.

Tale domanda merita accoglimento soltanto in relazione all'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, mentre non può essere accolta relativamente al bando e agli altri atti che componevano la

lex specialis di gara, semplicemente perché, all'esito della presente pronuncia, compete alla sola stazione appaltante esprimere le scelte amministrative che riterrà più opportune.

Questo, però, con la precisazione, da formulare ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. e), del codice del processo amministrativo, che all'esito della presente pronuncia la procedura di gara medesima non potrà essere "riavviata" ad opera di una nuova commissione, per l'evidente ragione, ben evidenziata in ricorso, che tale nuova commissione si troverebbe a valutare le offerte tecniche conoscendo le offerte economiche formulate dalle concorrenti, il che non è consentito per evidenti esigenze di tutela dell'obiettività e imparzialità delle valutazioni sul merito delle offerte tecniche (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2016 n. 4934 e 13 ottobre 2014 n. 5057; Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 824; TAR Puglia Lecce, Sez. II, 11 luglio 2017, n. 1191).

Pertanto, a seguito dell'annullamento degli atti di gara, il Comune di (Omissis), sempre che intenda riavviare l'affidamento del servizio, potrà, in alternativa, indire una nuova gara ovvero riaprire il termine per la presentazione delle offerte (tecniche ed economiche) sulla base delle lex specialis già esistente, in entrambi i casi con nomina di una commissione diversa da quella precedente, composta nel rispetto dei principi indicati dalla presente pronuncia e dalla disciplina normativa di riferimento. Per quanto premesso il ricorso va accolto nei limiti sopra specificati, con spese di lite da porre a carico del Comune di (Omissis) vista la sua prevalente soccombenza, come da dispositivo.

Sussistono, invece, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite nei rapporti tra le parti private.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, in parziale accoglimento del ricorso in epigrafe proposto, annulla l'atto di nomina della Commissione e tutti i successivi atti di gara.

Dichiara l'inefficacia del contratto di appalto, se concluso.

Respinge, per il resto, la domanda di risarcimento del danno in forma specifica.

Condanna il Comune di (Omissis) alla rifusione delle spese processuali in favore della ricorrente (Omissis), liquidate in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre agli accessori di legge e all'importo del contributo unificato.

Compensa le spese di lite tra le parti private del giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

Gabriele Serra, Referendario

L'ESTENSORE

Antonio Plaisant

IL PRESIDENTE

Marco Lensi

IL SEGRETARIO