

Pubblicato il 17/01/2020

N. 00102/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02028/2018 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2028 del 2018, proposto dalla associazione “Ialite” O.N.L.U.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetta Caruso e Lidia Spadafora, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Bronte, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Longhitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di “Iride” società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rocco Mauro Todero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa misura cautelare,

- della determinazione n. 239 del 14 novembre 2018, con cui il Dirigente dell'Area IV – Sociale e pubblica istruzione dell'amministrazione comunale di Bronte ha aggiudicato alla Iride soc. coop. sociale la gestione del “Servizio Primavera per l'a.s. 2018/2019”;
 - del decreto Sindacale n. 62 del 12 ottobre 2018 con cui è stata nominata la commissione giudicatrice per la gara *de qua*;
 - dei verbali di gara n. 3 del 30 ottobre 2018 e n. 4 del 31 ottobre 2018, relativamente alle valutazioni delle offerte tecniche espresse dalla commissione giudicatrice;
 - del verbale di gara n. 5 del 5 novembre 2018, nella parte in cui predispone la graduatoria finale;
 - della nota prot. n. 27024 del 14 novembre 2018 di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela proposta dall'Associazione ricorrente in data 7 novembre 2018;
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'impresa;
- nonché per il rifacimento delle operazioni di gara inerenti la valutazione delle offerte tecniche ed il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, con dichiarazione di disponibilità a subentrare nel contratto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bronte e di Iride società cooperativa sociale;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2019 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Parte ricorrente impugna gli atti in epigrafe, affidando il ricorso ai seguenti motivi.

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del Codice Contratti – Violazione dell'art. 8 della LR n. 12/2011 e dell'art. 13 del D.P. Regione Sicilia n. 13/2012 – Eccesso di potere per violazione della Circolare Regionale dell'8 marzo 2017 – Incompetenza della commissione giudicatrice – Violazione del principio di trasparenza - Violazione dell'art. 97 Cost. La LR n. 12/2011, per le procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, imporrebbe alle Stazioni Appaltanti di scegliere i componenti della commissione giudicatrice mediante sorteggio pubblico, da effettuarsi dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, fra gli iscritti nell'apposito albo istituito presso l'UREGA che siano esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto, mentre nel caso di specie la commissione giudicatrice sarebbe stata composta esclusivamente da interni all'Amministrazione comunale.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del Codice Contratti – Violazione dell'art. 8 della L. Regionale n. 12/2011 e dell'art. 13 del D.P. Regione Sicilia n. 13/2012 – Incompetenza della commissione sotto un ulteriore profilo. In subordine, la Commissione di gara nominata nel caso di specie sarebbe stata comunque incompetente anche nella denegata ipotesi in cui fosse possibile derogare, in Sicilia, all'obbligo della commissione UREGA, atteso che si tratterebbe di persone prive di specifica competenza nella materia oggetto della gara.

3. Illegittimità della determinazione sotto un ulteriore profilo: difetto di competenza del Sindaco *pro tempore* – Violazione e falsa applicazione dell'art. 50 TUEL. La commissione giudicatrice sarebbe stata nominata con decreto del Sindaco, organo privo della relativa competenza, atteso che la nomina, in quanto

atto di carattere gestionale, dovrebbe essere ricondotta alla competenza dei dirigenti.

La società controinteressata si è costituita, spiegando difese in rito e nel merito; in particolare, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per aver parte ricorrente chiesto il rifacimento solo della valutazione delle offerte tecniche, e non anche di quelle economiche, ciò che non potrebbe essere effettuato una volta note le offerte economiche; ha anche rimarcato la mancata evocazione in giudizio dell'altra impresa partecipante alla gara (memoria depositata il 9 dicembre 2018).

Anche il comune intimato si è costituito, spiegando difese in rito e nel merito; in particolare, ha eccepito:

- a) l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, atteso che nessun beneficio parte ricorrente potrebbe conseguire dal suo accoglimento, poiché, pur avendo dedotto l'illegittimità della composizione della commissione giudicatrice, non ha chiesto l'annullamento di tutti gli atti di gara (memoria depositata il 10 dicembre 2018 e memoria depositata il 1 marzo 2019);
- b) l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, atteso che parte ricorrente non avrebbe dimostrato, come sarebbe stato suo onere, la sussistenza di ragionevoli e concrete possibilità di ottenere l'aggiudicazione (memoria depositata il 1 marzo 2019);
- c) (analogamente a parte controinteressata) l'inammissibilità del ricorso per aver parte ricorrente chiesto il rifacimento solo della valutazione delle offerte tecniche, e non anche di quelle economiche, ciò che non potrebbe essere effettuato una volta note le offerte economiche (memoria depositata il 1 marzo 2019);
- d) l'inammissibilità del ricorso, per essere stato interamente effettuato il servizio ed essere esclusa l'applicabilità dell'art. 34, comma 3, cpa; in particolare, il Comune afferma che non vi sarebbe spazio per un risarcimento della *chance* di aggiudicazione, prospettato da parte ricorrente, non avendo questa dimostrato di

avere “ragionevoli e concrete possibilità di ottenere l’aggiudicazione” (memoria depositata il 22 novembre 2019, in replica alla memoria di parte ricorrente depositata il 18 novembre 2019).

Con ordinanza 13 dicembre 2018, n. 790, è stata rigettata la domanda cautelare sul presupposto che, pur sussistendo profili di fondatezza del terzo motivo di ricorso, non sussistesse un pregiudizio grave ed irreparabile tale da giustificare il richiesto provvedimento di sospensione, e, peraltro, nel bilanciamento degli interessi, l’intervenuto affidamento alla società controinteressata rendesse prevalente l’interesse pubblico alla ordinata conduzione del servizio.

Con ordinanza 28 maggio 2019, n. 1311, è stata disposta l’integrazione del contraddittorio nei confronti dell’altra impresa partecipante alla gara, seconda graduata, rinviando, per il prosieguo della trattazione del giudizio, alla udienza pubblica del 4 dicembre 2019; l’integrazione è stata effettuata da parte ricorrente mediante notifica via PEC il 24 giugno 2019 e deposito in data 22 luglio 2019.

All’udienza pubblica del 4 dicembre 2019 la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione.

Preliminarmente, le eccezioni in rito possono essere superate secondo quanto a seguire.

a) In relazione alla eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse per non aver parte ricorrente chiesto l’annullamento di tutti gli atti di gara: parte ricorrente ha chiesto l’annullamento di vari atti, fra i quali la nomina della commissione, con conseguente obbligo per il Comune resistente, in caso di fondatezza della censura, anche delle operazioni di gara inerenti alla valutazione delle offerte tecniche; tale effetto consegue infatti all’annullamento, in ragione dell’effetto caducante, che comporta il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all’affidamento del servizio (sul

punto, Cons. Stato, AP, 7 maggio 2013, n. 13; Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5732).

b) In relazione alla eccezione di inammissibilità del ricorso per non aver parte ricorrente dimostrato la sussistenza di ragionevoli e concrete possibilità di ottenere l'aggiudicazione: sul punto, è sufficiente richiamare la condivisibile giurisprudenza secondo cui «...*Come è noto, la verifica positiva della sussistenza dell'interesse all'impugnativa comporta che l'effettiva utilità al ricorrente, conseguente all'annullamento degli atti gravati, possa essere identificata non solo nel conseguimento dell'aggiudicazione vera e propria dell'appalto pubblico, ma – in subordine – possa consistere anche solo nella mera rinnovazione della gara. Ciò posto, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza quando le censure proposte sono dirette non solo al conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, ma anche ad ottenere, in via subordinata, l'annullamento dell'intera procedura...*» (Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2018, n. 6035).

c) In relazione alla eccezione di inammissibilità del ricorso per aver parte ricorrente chiesto il rifacimento solo della valutazione delle offerte tecniche, e non anche di quelle economiche, ciò che non potrebbe essere effettuato una volta note le offerte economiche: sul punto, è sufficiente richiamare la condivisibile giurisprudenza secondo cui «... *La impossibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte non è prevista tassativamente dall'ordinamento e non costituisce un dogma assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali nella specie da un lato il principio di conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall'altro, il canone della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive. Inoltre depongono in tal senso anche i criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa che verrebbero frustrati da un rinnovo integrale delle operazioni di gara, comportante un aggravio procedimentale per la dilatazione dei tempi per addivenire all'aggiudicazione...*» (Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2018, n. 6439; analogamente, CGARS, Sez. giurisdizionale, ord. 19 ottobre 2018, n. 701).

Nel merito, il ricorso è fondato sotto l'assorbente profilo del difetto di competenza del Sindaco alla nomina della commissione giudicatrice, di cui al terzo motivo di ricorso, richiamata sul punto la condivisibile giurisprudenza secondo cui la nomina della commissione giudicatrice è atto gestionale, ricadente nell'ambito della competenza dirigenziale (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1567).

L'accoglimento del vizio di incompetenza impone l'assorbimento degli ulteriori motivi o censure: *«...in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus. A ben vedere, nel disegno del codice tale tipologia di vizi è talmente radicale e assorbente che non ammette di essere graduata dalla parte...»* (Cons. Stato, AP, 27 aprile 2015, n. 5).

Pertanto, ogni diverso motivo o censura assorbiti, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento di tutti gli atti della procedura di gara successivi alla nomina, fino all'affidamento del servizio, essendo l'illegittima composizione della Commissione vizio che comporta in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara (sul punto, Cons. Stato, AP, 7 maggio 2013, n. 13).

Ciò implica il rigetto della domanda di parte ricorrente in ordine alla declaratoria di inefficacia del contratto stipulato, atteso il divieto di cui all'art. 122 cpa di dichiarare inefficace il contratto laddove il vizio dell'aggiudicazione comporti l'obbligo di rinnovare la gara (sul punto, oltre alla citata AP 13/2013, Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4050, secondo cui *«...L'evidente ratio della disposizione eccezionale consiste nella considerazione di economia generale dell'azione amministrativa per cui, se l'accertamento dell'oggettiva illegittimità comporta il travolgimento (totale o parziale) della procedura di gara e il conseguente obbligo di rinnovarne le fasi, non si porrà neppure in via di*

principio la questione se consentire il subentro da parte del ricorrente vittorioso, la cui posizione in gara potrebbe essere comunque compromessa dal travolgimento della gara (o di una sua fase), non consentendo il subentro...»).

Pari sorte deve seguire la domanda di aggiudicazione e subentro nel contratto, attesa la necessità di rinnovazione degli atti di gara.

Sarà quindi la stazione appaltante, in forza dell'effetto conformativo della presente sentenza, all'esito della rinnovazione della procedura di gara, a provvedere ai conseguenti atti in ordine al contratto (sul punto, la citata Cons. Stato 4050/2017).

Il Collegio è dell'avviso che, in ragione dell'andamento della presente controversia e del rigetto delle domande di parte ricorrente di inefficacia del contratto e di aggiudicazione e subentro, sussistano eccezionali ragioni, ai sensi degli artt. 26, comma 1, cpa, e 92 cpc, per disporre l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione III), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, secondo quanto in motivazione e, per l'effetto annulla la nomina della Commissione giudicatrice e gli atti a valle della nomina.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Giuseppa Leggio, Consigliere

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Diego Spampinato

Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO