

N. 00815/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00278/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art.

60

c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 278 del 2018, proposto da Società Cooperativa Sociale Spezzano Pulita Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Sig. Fidelmino Campanaro, rappresentato e difeso dall'avvocato Achille Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, corso Luigi Fera, n. 23;

contro

-Comune di Gizzeria, per la Centrale Unica di Committenza tra i comuni di Conflenti, Falerna, Gizzeria, Martirano Lombardo, Nocera Terinese, Motta S. Lucia, San Mango d'Aquino, Platania, Decollatura, della quale è comune capofila, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Falvo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Lamezia Terme, via Adda 22;

-Comune di Nocera Terinese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Cortellaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Lamezia Terme via Turati n. 13;

nei confronti

Sig. Giovanni Eugenio Macchione, Società Muraca S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento, previa applicazione di idonea misura cautelare,

-della determinazione dell'Ufficio Amministrativo del Comune di Nocera Terinese n. 11 del 30 gennaio 2018 recante aggiudicazione definitiva del “*servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani e assimilati con il sistema del porta a porta*”, trasporto e altri servizi accessori (CIG 72391056B);

-del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui indicano quale RUP il Sig. Giovanni Eugenio Macchione;

-della determinazione del Responsabile della CUC Mare n. 29 del 9.11.2017 Reg. Gen. n. 638 recante nomina dei componenti della Commissione di gara;

-di tutti gli atti, i verbali e le operazioni di gara, ivi inclusi gli atti ed i verbali inerenti la verifica di congruità dell'offerta anomala della ditta Muraca s.r.l. e in particolare:

a) del verbale n. 254 del 12.01.2018;

b) della determinazione n. 2 del 26.1.2018 con cui la CUC ha formulato proposta di aggiudicazione in favore della ditta Muraca s.r.l. nonché

c) di ogni altro atto preparatorio, presupposto, collegato, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi compreso il contratto, ove nelle more eventualmente stipulato, con condanna al subentro e/o a voler disporre riedizione della procedura di gara sin dagli atti di nomina della commissione giudicatrice.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gizzeria - Capofila Cuc e del Comune di Nocera Terinese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2018 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi di quanto disposto dall'art. 60 c.p.a.

1. Il Collegio rileva preliminarmente che il contraddittorio è integro, l'istruttoria è completa e le parti sono state sentite in ordine alla definizione del giudizio mediante sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

2. La vicenda contenziosa attiene a una procedura aperta, avviata con determinazione dell'ufficio amministrativo del comune di Nocera Terinese n. 85 del 19 settembre 2017, per l'affidamento in appalto del “*servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani e assimilati con il sistema porta a porta*”. Le operazioni di gara – che adotta il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – sono state svolte da una Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Conflenti, Falerna, Gizzeria, Martirano Lombardo, Nocera Terinese, Motta S. Lucia, San Mango d'Aquino, Platania, Decollatura.

3. La società odierna ricorrente, espletata la fase dell'apertura e della valutazione delle offerte, si è classificata al terzo posto ma era poi avviato il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta per le prime due imprese in graduatoria, all'esito del quale è stata proposta l'aggiudicazione in favore dell'unica società che aveva prodotto elementi giustificativi, la Muraca s.r.l., che ha conseguito l'aggiudicazione definitiva (mentre la E-LOG s.r.l. è rimasta esclusa).

4. Nel contestare la legittimità della procedura di gara la società ricorrente assume, tra l'altro, che la nomina del Responsabile unico del procedimento (Sig. G. E.

Macchione) sia viziata e che parimenti lo sia la composizione della Commissione di gara, di cui è Presidente lo stesso RUP.

4.1. Più in dettaglio, con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art.31 d.lgs 18 aprile 2016, n. 50 – e delle correlative, vincolanti linee guida ANAC – concernenti i requisiti di professionalità richiesti al RUP, il quale nella specie ne sarebbe privo, atteso che la stazione appaltante non ha fornito alcuna motivazione in ordine all'assenza, tra i dipendenti, di personale maggiormente qualificato e dotato dei necessari profili professionali.

4.2. Con i successivi due motivi, suscettibili di esame congiunto stante l'evidente nesso di subordinazione logica del terzo rispetto al secondo, la ricorrente assume che la nomina del RUP a Presidente della Commissione di gara sarebbe anch'essa viziata per difetto di motivazione alla luce di quanto previsto dal comma 4 dell'art. 77 del d.lgs 50/2016, ai sensi del quale, nella versione introdotta dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, in vigore dal 20 maggio 2017, “[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”.

4.3. L'illegittimità di tale concentrazione soggettiva della funzione di RUP e di presidente della commissione di gara nella persona del sig. G. E. Macchione si rifletterebbe, viziandola, anche sull'attività valutativa dell'anomalia delle offerte venendosi a determinare, secondo la prospettazione di cui al terzo motivo di ricorso, una violazione della *lex specialis* (punto 12.3 del Disciplinare) a mente della quale la verifica di anomalia deve essere condotta dal RUP assistito dalla commissione laddove, nel caso di specie, attesa la indebita sovrapposizione della qualità di RUP e di Presidente in capo ad unico soggetto, la commissione non avrebbe agito quale collegio perfetto e perciò del tutto illegittimamente.

5. Costituitisi, il comune di Gizzeria – capofila della Centrale Unica di committenza – e il comune di Nocera Terinese hanno rilevato, sulla specifica questione, tra l'altro, la mancata allegazione e dimostrazione, da parte del ricorrente, di “*ragioni di incompatibilità compiutamente definite*” e, in ogni caso, che il RUP “*non ha predisposto né il bando, né il disciplinare di gara*” sicché, in definitiva, non sussisterebbe alcuno specifico elemento a supporto della asserita incompatibilità.

6. Previo avviso alle parti, il ricorso è stato spedito in decisione alla camera di consiglio del 28 marzo 2018, sussistendo i presupposti di cui all'art. 60 c.p.a.

In diritto.

1. Attese le implicazioni che ne derivano in caso di accoglimento, meritano esame prioritario e congiunto il secondo e il terzo motivo di ricorso, quindi la (complessiva) censura concernente l'illegittima composizione della commissione di gara per violazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs 50/2016, la quale assume pertanto carattere assorbente.

2. La censura è meritevole di accoglimento.

3. Reputa il Collegio che il *cit.* comma 4 dell'art. 77, escludendo ogni astratto e aprioristico automatismo in punto di incompatibilità, valorizzi la necessità di procedere, da parte dei competenti organi della stazione appaltante, a uno scrutinio “*fattuale e in concreto*” del livello di coinvolgimento del RUP nella regolamentazione e nello svolgimento delle operazioni della procedura di gara.

3.1. In altri termini, deve ritenersi che la “*valutazione*” richiesta dalla norma alle stazioni appaltanti debba attenere e focalizzarsi sulle attività effettivamente e concretamente svolte dal RUP nell'ambito della specifica procedura di gara allo scopo di prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi e di favoritismi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dipendenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendone i contenuti e

le regole (Tar Lazio, Latina, 13.4.2016, n. 226; Consiglio di Stato, 7.7.2015, n. 3352).

3.2. La richiamata norma deve essere quindi intesa nel senso di prescrivere la necessità, ogni qualvolta vi sia coincidenza soggettiva tra RUP e membro (o presidente) della commissione, di dare conto, (eventualmente) nel corpo della relativa determinazione amministrativa di nomina, quantomeno, della insussistenza di ragioni ostative in ordine a siffatta sovrapposizione di funzioni.

3.3. Viceversa, nessuna indicazione, neanche implicita, in ordine alla effettuazione della prescritta “*valutazione*” è dato rinvenire nel provvedimento di nomina della commissione adottato dalla CUC né, in ogni caso, in altri atti del procedimento di gara. Tale deficit motivazionale appare vieppiù censurabile nel caso di specie, avuto riguardo agli atti afferenti alla procedura posti in essere dal sig. Macchione nella duplice veste di responsabile dell’ufficio amministrativo del comune di Nocera Terinese e di RUP, quali, in particolare, la redazione di analisi tecniche riguardanti l’oggetto dell’affidamento (note dell’ufficio tecnico comunale relative a “*produzione rifiuti*” e “*dati territoriali, utenze e popolazione*”), l’approvazione di taluni atti di gara (determina dell’Ufficio amministrativo n. 11 del 30 gennaio 2018 recante aggiudicazione definitiva dell’appalto), la verifica della congruità delle offerte sospettate di anomalia (verbale n. 254 del 2018) nonché la stesura dello stesso capitolato speciale d’appalto, che reca quale unica sottoscrizione quella del sig. Macchione quale responsabile dell’Ufficio amministrativo comunale.

3.4. La necessità di una motivazione in tal senso risiede, oltretutto, nell’esistenza di un principio di separazione tra soggetto che predispone il regolamento di gara e soggetto chiamato a concretamente applicarlo e che costituisce regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, essendo costante in giurisprudenza l’affermazione secondo la quale è preferibile subordinare l’interesse della conoscenza approfondita degli atti di gara a quello (prevalente) di una netta

separazione fra chi “*prepara*” quegli atti e chi deve “*valutare*” le offerte presentate dai diversi concorrenti a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la *ratio* generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (Consiglio di Stato, Ad. Plen. 7 maggio 2013, n. 13; Consiglio di Stato, sez. III, 5.2.2018, n. 695; Consiglio di Stato, sez. V, 13.10.2014, n. 5057; Tar Lazio, Latina, sez. I, 25 gennaio 2018 n. 41; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 6.4.2017, n. 603; T.A.R. Lombardia, Brescia, 6.2.2017, n. 173).

3.5. Ai fini dell’assolvimento dell’onere della prova della situazione di incompatibilità, ciò che rileva, inoltre, è il dato sostanziale della effettiva partecipazione alla redazione della documentazione di gara, non occorrendo che colui che censura la violazione dimostri che in concreto essa abbia avuto incidenza sull’esito della gara (del resto tale prova pare sostanzialmente inesigibile e, ove ritenuta necessaria, priverebbe di efficacia precettiva la norma, dato che la gara risulterebbe illegittima non per l’incompatibilità ma per l’alterazione che essa ha determinato).

4. Quanto sopra osservato determina l’illegittimità degli atti con i quali è stata definita la composizione della commissione di gara, nonché di tutti gli atti successivi.

5. Il ricorso deve pertanto essere accolto, con annullamento degli atti impugnati, potendosi prescindere dall’esame degli altri motivi, atteso, come accennato, il carattere necessariamente assorbente della censura esaminata.

6. Le spese del giudizio, in ragione della novità della questione trattata, possono essere, in via eccezionale, compensate tra le parti; il contributo unificato viene posto definitivamente a carico dell’Amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti in epigrafe indicati.

Spese compensate come da motivazione.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

Roberta Mazzulla, Referendario

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO