

Pubblicato il 06/12/2019

N. 02926/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00230/2019 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 230 del 2019, proposto da 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;

contro

- il Comune di Vizzini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Gagliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Catania, via F. Crispi, 242;
- la Centrale Unica di Committenza per i Comuni di Vizzini, Licodia Eubea, Mineo, Grammichele, Raddusa, Militello in Val di Catania, non costituita in giudizio;

nei confronti

Società Cooperativa Sociale "Co.Ser." A.R.L., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa misura cautelare,

- della determinazione dirigenziale n. 17 del 22/1/2019 - Registro Generale n. 31 del 23/1/2019 - del Responsabile di P.O. del Settore Affari Generali Servizi Sociali del Comune di Vizzini, di aggiudicazione e affidamento del Servizio Sociale Professionale per il periodo 1 febbraio - 31 dicembre 2019;
 - del verbale di I^ seduta di gara pubblica dell'11 gennaio 2019;
 - del verbale di II^ seduta di gara pubblica dell'11 gennaio 2019;
 - della determinazione del Responsabile della CUC – Centrale unica di committenza n. 4 del 7/1/2019 - Registro generale n. 8 dell'8/1/2019 - di nomina dei componenti della Commissione giudicatrice;
 - della Convenzione per lo svolgimento delle funzioni di Centrale Unica di Committenza stipulata fra i Comuni di Vizzini, Licodia Eubea, Mineo Grammichele, Raddusa, Militello in val Di Catania, Francofonte e Palagonia, Società Kalat Impianti unipersonale s.r.l. e Kalat Ambiente SRR s.c.p.a.;
 - della determinazione del Sindaco del Comune di Vizzini n. 3 del 7/2/2015 di nomina dell'architetto Salvatore Lentini a responsabile della CUC, nella parte in cui gli attribuisce i compiti e le funzioni di cui all'art. 107 del TUEL;
 - dell'invito alla procedura negoziata, prot. CUC 1333 del 21 dicembre 2018, a firma del Responsabile della Centrale Unica di Committenza;
 - del Capitolato per l'affidamento del Servizio Sociale Professionale;
 - di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o successivo;
- e per la declaratoria dell'inefficacia del contratto sottoscritto tra l'aggiudicataria e il Comune di Vizzini.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Vizzini;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 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

Con ricorso depositato il 9 febbraio 2019, la cooperativa ricorrente impugna l'aggiudicazione della procedura negoziata effettuata per l'affidamento del contratto d'appalto relativo al Servizio Sociale Professionale presso il Comune di Vizzini, per il periodo 1 febbraio - 31 dicembre 2019, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Affida il ricorso ai seguenti motivi.

1. Violazione degli articoli II.2, III. 2 e del Paragrafo "Criteri d'aggiudicazione" della lettera d'invito. Violazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 del capitolato di gara. Eccesso di potere per disparità di trattamento, valutazione manifestamente irragionevole e illogica. Ingiustizia manifesta. Travisamento dei fatti. Violazione dell'articolo 95, commi 10 *bis*, 11 e 14 *bis* del D. Lgs n. 50/2010. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990. La società ricorrente si duole degli esiti della valutazione delle offerte tecniche: nella sua prospettazione, la valutazione assegnata alla cooperativa controinteressata sarebbe manifestamente illogica, arbitraria ed irrazionale, atteso che: a) a tale cooperativa, nonostante dichiarasse di aver svolto servizi sul territorio oggetto di appalto risalenti nel tempo, sarebbe stato attribuito un punteggio prossimo a quello attribuito alla ricorrente; b) dall'offerta della cooperativa controinteressata non si evincerebbe la specifica offerta proposta; inoltre gli elementi qualificati come migliorativi o integrativi del servizio sarebbero in realtà elementi dell'offerta base indicata nei documenti di gara ovvero servizi che non avrebbero nulla a che vedere con l'oggetto del contratto. Inoltre, il provvedimento d'aggiudicazione sarebbe illegittimo anche per mancanza assoluta di motivazione,

atteso che non sarebbe intellegibile alcun percorso logico, quali elementi dell'offerta sarebbero stati valorizzati, quali sarebbero risultati più rispondenti all'oggetto del bando, quali sarebbero stati ritenuti ultronei o inconferenti.

2. Violazione degli articoli 77, commi 1, 4 e dell'articolo 216, comma 12, del D. Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento. La Commissione Giudicatrice della gara d'appalto sarebbe stata nominata dal Responsabile della CUC, mentre avrebbe dovuto essere nominata dall'organo competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario, nel caso di specie il Dirigente (responsabile) del Settore Affari Sociali del Comune di Vizzini. Inoltre, il Presidente nominato (lo stesso responsabile della CUC) non avrebbe alcuna competenza nella materia oggetto dell'appalto. Inoltre, l'organo che avrebbe provveduto alla approvazione definitiva degli atti di gara, che avrebbe convalidato l'operato della Commissione giudicatrice e che avrebbe provveduto all'aggiudicazione definitiva, sarebbe rappresentato da una persona fisica che ha fatto parte della Commissione giudicatrice medesima, così facendo venire meno i controlli che l'ordinamento appresta a garanzia della legittimità dell'azione amministrativa.

3. Violazione degli articoli 71 e 95, commi 6, 8, 9, 10 *bis*, 11 e 14 *bis* del D. Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per irragionevolezza. La cooperativa ricorrente contesta poi, in via subordinata, la legittimità della lettera d'invito e del capitolato di gara, che risulterebbero illegittimi in quanto:

a) sarebbero stati redatti senza l'adeguata specificazione dei criteri che determinano l'offerta economicamente più vantaggiosa e della loro ponderazione (violazione art. 71, che rinvia all'allagato 14, lett. *c*), comma 18);

b) sarebbero stati redatti senza l'adeguata specificazione dei criteri pertinenti alla natura, all'oggetto del contratto; in particolare non sarebbero stati specificati i criteri oggettivi con riguardo agli aspetti qualitativi dell'offerta (violazione dell'art. 95, comma 6);

c) sarebbero stati redatti senza l'indicazione di sub criteri che, invece, avrebbero dovuto essere nel caso di specie necessariamente indicati (violazione art. 95, comma 8);

d) sarebbero stati redatti in modo tale da non consentire un confronto concorrenziale effettivo (violazione dell'art. 95, comma 10 *bis*);

e) sarebbero stati redatti prevedendo punteggi per opere aggiuntive (violazione art. 95, comma 14 *bis*).

Si è costituito il Comune intimato, spiegando difese in rito e nel merito; in particolare ha eccepito l'inammissibilità della censura, di cui al secondo motivo di ricorso, afferente la nomina della Commissione giudicatrice della gara d'appalto da parte del Responsabile della CUC, anziché dell'organo competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario, perché non sarebbe stato impugnato l'atto presupposto rappresentato dalla determina del 23 marzo 2017 della Conferenza dei Sindaci aderenti alla CUC con cui sarebbero stati approvati i *"Criteri di nomina dei componenti le commissioni giudicatrici interne alla Centrale Unica di Committenza nel periodo transitorio"* in cui sarebbe stato espressamente previsto che *" I componenti sono nominati dal Responsabile della CUC"*).

Con ordinanza 28 febbraio 2019, n. 137, è stata rigettata la domanda cautelare, ritenuta l'assenza di un pregiudizio grave ed irreparabile.

All'udienza pubblica del 23 ottobre 2019 la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione.

Va innanzitutto deliberato il secondo motivo di ricorso, afferente la regolarità della composizione della Commissione, sia perché un suo accoglimento risulterebbe logicamente preclusivo all'accoglimento degli altri, essendo l'illegittima composizione della Commissione vizio che comporterebbe 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), sia perché il terzo motivo di ricorso è stato proposto in via subordinata.

Il secondo motivo di ricorso è in parte inammissibile ed in parte fondato.

Il Comune ha infatti eccepito (con memoria depositata il 30 agosto 2019, pag. 12) l'inammissibilità del motivo perché non impugnato atto presupposto, ossia la determina del 23 marzo 2017 della Conferenza dei Sindaci aderenti alla CUC con cui sono stati approvati i *"Criteri di nomina dei componenti le commissioni giudicatrici interne alla Centrale Unica di Committenza nel periodo transitorio"*, in cui era espressamente previsto che *"I componenti sono nominati dal Responsabile della CUC"*.

L'eccezione è condivisibile, in relazione alla sola parte afferente la composizione della Commissione, atteso che la citata determina 23 marzo 2017, espressamente citata nella delibera di nomina della Commissione, in quanto non impugnata, non consentirebbe all'eventuale annullamento del provvedimento di nomina della Commissione di spiegare alcun effetto utile.

Il secondo motivo risulta invece fondato nella parte afferente il profilo dell'effettuazione della approvazione degli atti di gara da parte di un membro della Commissione giudicatrice.

Risulta infatti che l'organo che ha provveduto alla approvazione definitiva degli atti di gara ed all'aggiudicazione definitiva (ricorso, all. 10) era il Responsabile del Settore affari generali del Comune, soggetto che ha anche fatto parte della Commissione giudicatrice (ricorso, all. 7).

In proposito, questo Collegio non ravvisa motivo per discostarsi dal condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui sussisterebbe incompatibilità all'approvazione degli atti di gara da parte del membro della Commissione (Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2019, n. 6135).

Tale incompatibilità risulta infatti declinazione del criterio secondo cui deve sussistere terzietà fra amministrazione attiva ed amministrazione di controllo, essendo l'alterità presupposto della imparzialità.

L'accoglimento del secondo motivo inibisce la delibazione del primo motivo, alla luce del disposto dell'art. 34, comma 2, cpa, secondo cui *«In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati...»*; il primo motivo, nella parte accolta, afferisce infatti ad atti che dovranno essere oggetto del controllo effettuato da un diverso soggetto.

Conseguentemente, deve essere annullata l'impugnata determinazione dirigenziale n. 17 del 22 gennaio 2019.

Dall'annullamento, discende l'obbligo per l'Amministrazione di adottare ulteriori provvedimenti, nel rispetto dell'effetto conformativo discendente dalla presente pronuncia.

Il Collegio è dell'avviso che, per la complessità delle questioni trattate e l'inammissibilità di una parte del ricorso, sussistano gravi ed 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, in parte lo dichiara inammissibile, ed in parte lo accoglie, secondo quanto in motivazione; per l'effetto, annulla l'impugnata determinazione dirigenziale n. 17 del 22 gennaio 2019.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Giuseppa Leggio, Consigliere

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diego Spampinato

IL PRESIDENTE
Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO