

Pubblicato il 05/10/2022

N. 01653/2022 REG.PROV.COLL.

N. 01870/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1870 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Tozzi, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Comune di Trebisacce, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Lombardi, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;
Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Trebisacce, Albidona, Alessandria del Carretto, Amendolara e Castroregio, non costituita in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Pasquale Di Iacovo, Simona Di Iacovo, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Cozzi, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

riguardo il ricorso introduttivo:

- della determina di aggiudicazione n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui è stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto per l'esecuzione del servizio -OMISSIS- del Comune di Trebisacce in qualità di capofila del distretto di Trebisacce - -OMISSIS-;
- della nota prot.-OMISSIS-del -OMISSIS- con cui è stata comunicata l'avvenuta aggiudicazione dell'appalto in favore del -OMISSIS-;
- del provvedimento prot.-OMISSIS-del-OMISSIS-con cui è stata rettificata la precedente proposta di aggiudicazione prot. -OMISSIS-dell'-OMISSIS-;
- ove e per quanto lesivo, del disciplinare di gara nella parte in cui ha determinato le modalità di calcolo dell'offerta economica come interpretata dalla stazione appaltante nel verbale-OMISSIS-, ovvero nella parte in cui ha escluso il ribasso per il costo della manodopera per l'annullamento della intera procedura;

riguardo i motivi aggiunti:

- dei medesimi atti avversati con ricorso principale, nella parte in cui è disposta l'ammissione dell'aggiudicataria e della seconda classificata.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trebisacce, del -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2022 il dott. Arturo Levato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La -OMISSIS- ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Trebisacce per l'affidamento dell'appalto "*-OMISSIS- decreto -decreto n. -OMISSIS- -OMISSIS- Comune di Trebisacce in qualità di Capofila del Distretto di Trebisacce. LOTTO 1: Scheda tipologia 1 - -OMISSIS- Comuni di Oriolo, Montegiordano e san Lorenzo Bellizzi. ... LOTTO 2: Scheda tipologia 1 - -OMISSIS- Comuni di Cassano allo Jonio, Trebisacce, Villapiana, Rocca Imperiale, Francavilla M., Amendolara e Roseto Capo Spulico. ...*".

La durata dell'appalto, da affidare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata fissata in dieci mesi dalla stipula del contratto, per un importo a base d'asta per il -OMISSIS-, di interesse, pari a ad euro 577.619,65.

L'esponente precisa quindi che tale importo era così composto: euro 26.241,73 per la figura del Coordinatore; euro 310.260,13 per le figure degli Educatori Professionali; euro 149.501,50 per le figure degli Ausiliari; euro 41.363,20 per coprire il costo dei pasti; euro 22.747,39 per le spese generali; euro 27.505,70 di i.v.a.

Il disciplinare di gara alla pag. 5 ha previsto che i soli importi relativi alle spese generali potevano essere sottoposti a ribasso, mentre alla pag. 6 ha disposto che il punteggio relativo alle offerte economiche sarà attribuito "*secondo la seguente formula: $P = \text{prezzo più basso} \div \text{prezzo offerto} \times \text{coefficiente } 20$* ". Nella seduta pubblica del 23.02.2021 sono state rese note le graduatorie e per il -OMISSIS- -OMISSIS- è risultata prima graduata, avendo totalizzato complessivamente un punteggio pari a 84,023, cioè 65 punti per l'offerta tecnica + 19,023 punti per l'offerta economica.

Con il provvedimento prot. n. -OMISSIS-dell'-OMISSIS- è stata quindi proposta l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

Il 5.03.2021 la -OMISSIS-, mandataria del -OMISSIS-, ha sollecitato la stazione appaltante ad agire in autotutela, rappresentando che l'offerta economica avrebbe dovuto essere valutata esclusivamente con riferimento alle sole spese generali, unico valore ribassabile, e non con riferimento all'intero prezzo del servizio, cosicché era errata l'attribuzione del punteggio operato dalla Commissione di gara con riferimento all'importo complessivo della gara e non all'importo delle spese generali.

La stazione appaltante con i verbali nn.-OMISSIS- adottati a seguito di sedute riservate, ha aderito alla tesi prospettata dalla società istante, ha rettificato la graduatoria, riassegnando i punteggi economici di tutti gli operatori, ed ha aggiudicato l'appalto al -OMISSIS- controinteressato, risultando -OMISSIS- solo terza graduata, collocandosi anche alle spalle anche dell'-OMISSIS-

Ad avviso della deducente l'illegittimità delle descritte operazioni emergerebbe con chiarezza dal verbale-OMISSIS-, ove si evince che in relazione al -OMISSIS- la Commissione ha attribuito al -OMISSIS- solo 2,66 punti per l'offerta economica, mentre ha concesso 20,00 punti alla prima graduata e 19,56 punti alla seconda classificata.

Con determinazione prot.-OMISSIS-del-OMISSIS-la stazione appaltante ha quindi proposto di aggiudicare l'appalto al -OMISSIS- -OMISSIS-, disponendo una rettifica del precedente provvedimento prot. -OMISSIS-dell'-OMISSIS-.

Il -OMISSIS- con la nota prot.-OMISSIS-è stata quindi comunicata l'adozione della determina di aggiudicazione prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, mediante la quale è stato assegnato il -OMISSIS- al -OMISSIS- controinteressato, collocato al primo posto.

Con la nota prot. -OMISSIS- -OMISSIS- ha quindi diffidato la centrale unica di committenza ad intervenire in autotutela sul provvedimento di aggiudicazione ed ha contestualmente presentato un'istanza di accesso agli atti, riscontrata dal Comune positivamente il -OMISSIS- con l'invito ad indicare una data per l'espletamento dell'attività ostensiva.

Con ricorso principale l'esponente insorge quindi avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli ulteriori atti in epigrafe meglio indicati, denunciando i vizi di: i) violazione dell'art. 95 D. Lgs. n. 50/2016, delle Linee Guida A.N.A.C. n. 2, della *lex specialis*, vizio di eccesso di potere; ii) in via subordinata, illegittimità delle modalità di calcolo di cui alla pag. 6 del disciplinare; iii) violazione degli artt. 23, comma 16, 50, 95, 97 D. Lgs 50/2016, eccesso di potere; iv) violazione degli artt. 29

e 30 del D. Lgs. n. 50/2016, delle Linee Guida A.N.A.C. n. 5, eccesso di potere; v) vizio di incompetenza, violazione degli artt. 31 D. Lgs. 50/2016, 107 D. Lgs. n. 267/2000, eccesso di potere; vi) violazione degli artt. 3 e 17 L. n. 68/1999, 80, comma 5, lett. i) D. Lgs. n. 50/2016.

1.1. Si è costituito in giudizio l'aggiudicatario -OMISSIS-, il quale confuta le avverse deduzioni, concludendo per il rigetto della domanda.

1.2. Resiste il Comune di Trebisacce.

2. Per mezzo di motivi aggiunti la ricorrente, in esito all'accesso agli atti, ha dedotto ulteriori profili di illegittimità dell'aggiudicazione e nello specifico: i-ii) mancata esclusione del primo graduato, violazione dell'art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016; iii) mancata esclusione della seconda graduata -OMISSIS-, violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) D. Lgs. n. 50/2016; iv) illegittimità dell'intera procedura di gara, violazione dell'art. 77 D. Lgs. 50/2016, incompetenza dei Commissari, illegittimità della determina n. -OMISSIS-.

2.1. Si sono costituite in giudizio l'aggiudicataria e la seconda graduata.

2.2. Resiste altresì il Comune di Trebisacce.

3. Con ordinanza n.-OMISSIS- è stata respinta la richiesta di tutela interinale per assenza di *fumus boni iuris* e il conseguente gravame è stato rigettato dal Consiglio di Stato con decisione n. -OMISSIS- per carenza di *periculum in mora*.

4. All'udienza pubblica del 21 settembre 2022, previo deposito reiterato di memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Si impone lo scrutinio del ricorso principale.

5.1. Ritene il Collegio che, con la cognizione approfondita propria della fase di merito, si palesi fondata con valenza assorbente la quinta censura.

Per mezzo di essa la ricorrente denuncia il vizio di incompetenza, in quanto l'aggiudicazione gravata è stata adottata dal segretario comunale -OMISSIS- e non dal dirigente del Comune di Trebisacce, così come richiesto dal combinato disposto degli artt. 31 D. Lgs. n. 50/2016 e 107 D. Lgs. n. 267/2000.

Sul punto, occorre premettere che dalla determinazione avversata risulta che la stessa è stata emanata dal segretario comunale previa avocazione a sé della competenza con nota n. -OMISSIS-. Tale nota dà conto della circostanza che il dirigente preposto all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione si sia trovato in una condizione di conflitto di interesse.

Ciò premesso, sulla scorta del combinato disposto degli artt. 31, comma 3, D. Lgs. n. 50/2016 e 107, commi 2, 3, D. Lgs. n. 267/2000, spetta al dirigente del settore la competenza all'emanazione degli atti a rilevanza esterna quando assumano valenza decisoria, come nella fattispecie il provvedimento di aggiudicazione. Al segretario comunale, in base all'art. 97, comma 2, D. Lgs. n. 267/2000 spettano di contro "*compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente...*".

Alla luce del quadro normativo delineato è da ritenersi integrato il vizio di incompetenza, posto che in capo al segretario comunale non è rinvenibile in termini generali e sulla scorta del riportato regime giuridico, una cognizione all'adozione di provvedimenti con efficacia esterna.

In senso contrario, infatti, non può assumere rilievo la deduzione della diesa comunale, la quale richiama l'art. 109, comma 2, D. Lgs. n. 267/2000, secondo cui il segretario può essere nominato responsabile degli uffici e dei servizi e, quindi, assumere le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3. Nella documentazione versata in giudizio, infatti, non si rinviene alcun "*provvedimento motivato del sindaco*" che, in base al richiamato art. 109, comma 2, D. Lgs. n. 267/2000, abbia attribuito al segretario comunale la specifica cognizione. Né, ancora, è dato individuare riferimenti normativi idonei a giustificare l'avocazione della competenza in capo segretario del Comune di Trebisacce, atteso che non si attaglia alla fattispecie l'art. 101, comma 1, del contratto collettivo della dirigenza del 17.12.2020, rubricato "*Funzioni di sovrintendenza e coordinamento del Segretario*", laddove consente al segretario "*l'esercizio del potere di avocazione degli atti dei dirigenti in caso di inadempimento*", non sussistendo nel caso in esame alcun inadempimento del dirigente incaricato.

6. Il ricorso principale è pertanto fondato, con annullamento del provvedimento di aggiudicazione e assorbimento delle residue censure.

7. All'accoglimento del gravame principale segue la declaratoria di improcedibilità dei motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c) c.p.a.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza nei confronti del Comune di Trebisacce e sono compensate nei confronti delle controinteressate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso:

- accoglie la domanda principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione;
- dichiara improcedibili i motivi aggiunti.

Condanna il Comune di Trebisacce al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidate nella misura complessiva di euro 3.000,00, oltre accessori di legge, compensandole nei confronti delle controinteressate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

Arturo Levato, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Arturo Levato

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.