



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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 993 del 2011, proposto da prof. arch. Francesco Righini, in proprio ed in qualità di capogruppo mandatario del R.T.P. prof. arch. Francesco Righini, prof. arch. Guido Ferrara, arch. Giuliana Campioni, arch. Nicola Ferrara, dott. archeologo Francesco Cristiano, arch. Raffaella Calfa, ing. Dario Ciampa, geom. Pietro Mastria, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Bocchinfuso ed elettivamente domiciliati presso lo studio degli stessi, in Catanzaro, via E. Buccarelli, n. 4;

contro

Comune di Isola di Capo Rizzuto, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Spadafora, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Catanzaro, via XX Settembre, n. 63; Presidente della Commissione di Gara, dott. Pasquale La Pegna, non costituito in giudizio;

nei confronti di

“Studio DRH-Architetti Associati” in persona del titolare e legale rappresentante pro-tempore, arch. Sergio Dinale, in qualità di capogruppo mandatario del RTP , via Temanza, n. 1 di Venezia Mestre;

per l'annullamento

-della Determina del Responsabile del Settore Territorio del comune di Isola di Capo Rizzuto, del 06.07.2011, n. 609, comunicata via e-mail in data 07.07.2011, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 79, comma 5, D. L.vo 163/2006, avente ad oggetto approvazione degli atti di gara per l'affidamento dell'incarico per la redazione del P.S.C., del R.E.U. e delle N.T.A., nella parte in cui dispone l'aggiudicazione definitiva in favore del r.t.p. Studio DRH, per la componente geologica ed urbanistica;

-della Deliberazione della Giunta Comunale del 19.01.2011, n. 17, di nomina della Commissione giudicatrice e della deliberazione della Giunta comunale del 01.04.2011, n. 49, di modifica della precedente deliberazione G.C. n. 17/2011;

- dei verbali della Commissione Giudicatrice n. 1 del 25.03.2011, n. 2 del 4.04.2011, n. 3 del 4.04.2011, n. 4 del 24.05.2011, n. 5 del 25.05.2011, n. 6 del 26.05.2011, n. 7 del 9.06.2011, 8 del 10.06.2011, n. 9 del 11.06.2011 e n. 10 del 29.06.2011; del bando di gara approvato con determina del 4.08.2010, n. 551.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Isola di Capo Rizzuto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 9 marzo 2012, il cons. Concetta Anastasi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato in data 4.8.2011 e depositato in data 12.8.2011, i ricorrenti premettevano di aver partecipato alla gara, indetta dal Comune di Isola Capo Rizzuto con Determina n. 551/2010 del Responsabile del Settore Territorio - Urbanistica ed Edilizia, per l'affidamento dell'incarico per la elaborazione del nuovo Piano Strutturale Comunale ed il R.E.U, previsti dalla Legge Urbanistica regionale (L.R. 19/2002), per un importo a base di gara di euro 130.000, 00, con l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Precisavano che, con deliberazione di G.C. n. 17 del 2011, veniva nominata la Commissione di Gara, con la seguente composizione: dott. La Pegna, segretario comunale, in funzione di presidente; dott. Biondi, Responsabile del Settore Urbanistica, componente e segretario verbalizzante; prof. Ernesti dell'Università di Venezia, componente ed esperto esterno; ing. Mano, componente ed esperto esterno; arch. Arcuri, componente ed esperto esterno, evidenziando altresì che, dopo la verifica della regolarità dei plichi pervenuti e l'esclusione di un solo concorrente per tardività (Verbale n. 1, seduta del 25.3.2011), sopravveniva la Delibera di G. C. n. 49/2011, con cui il precitato dott. Biondi veniva sostituito con l'avv. Iorno, Comandante della Polizia Municipale del Comune di Isola di Capo Rizzuto, per l'espletamento delle medesime funzioni di componente e segretario verbalizzante.

Esponavano che, successivamente, la nuova commissione di gara predisponava la griglia valutativa dei sub-punteggi da assegnare nell'ambito del punteggio massimo di 45 punti, stabilito dal bando di gara, prevedendo l'attribuzione di 14 punti per l'analisi di marketing territoriale, di punti 16 per le linee strategiche di pianificazione, di punti 5 per l'integrità fisica, l'identità culturale e le valenze ambientali e, infine, di punti 10 per il rapporto di sostenibilità tra comunità amministrata e territorio (Verbale, n. 3, seduta del 4.4.2011), nonostante l'integrale conoscenza dei soggetti partecipanti alla gara.

Precisavano che, dopo la valutazione riservata delle singole offerte sotto il profilo tecnico e professionale (Verbali, n.ri 4, 5, 6, 7, 8), la gara veniva provvisoriamente aggiudicata, quanto alla componente urbanistica e geologica -che rileva ai fini dell'odierno *thema decidendum*- in favore del controinteressato "Studio DRH - Architetti Associati" e, quanto alla diversa componente agronomica, al "R.T.P. Studio Silva" (Verbale n. 9, seduta pubblica dell'11.06.2011).

Lamentavano che, all'esito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta economica (sospettata, in ragione dell'eccessivo ribasso del 41,53 %), veniva confermata l'aggiudicazione provvisoria (Verbale n. 10, seduta del 29.06.2011) e, quindi, veniva disposta l'approvazione degli atti di gara, con l'epigrafata Determinazione n. 609/2011 del Responsabile del Settore Territorio – Urbanistica ed Edilizia.

Avverso l'operato della P.A. deducevano:

1) violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 84, comma 2, D. L.vo 163/2006 – Violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 107, comma 3, lett. b), D. L.vo 267/2000 – Violazione dei principi fondamentali in materia di svolgimento delle procedura di gara;

La Commissione di Gara sarebbe stata nominata non già dal competente Responsabile del Settore Urbanistica, ma dalla Giunta Comunale, con Delibera n. 17/2011.

2) violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 84, comma 3, D. L.vo 163/2006 – Violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 107, comma 3, lett. a) e lett. b), D. L.vo 267/2000 – Violazione dei fondamentali principi di imparzialità, trasparenza, correttezza e serietà della procedura di gara e dei principi di unicità ed immutabilità della Commissione di Gara;

La presidenza della Commissione di Gara non sarebbe stata attribuita al Responsabile del Settore, competente ex lege, ma al segretario comunale.

3) Violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 83, comma 4, D. L.vo 163/2006 – Violazione dei fondamentali principi di imparzialità, trasparenza, serietà e correttezza della procedura di gara;

Illegittimamente il bando di gara avrebbe riservato alla Commissione di Gara il compito di stabilire la griglia dei sub-punteggi da attribuire alle componenti valutative del suddetto programma operativo dettagliato (analisi di marketing territoriale; linee strategiche di pianificazione; ecc...).

4) violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 78, D. L.vo 163/2006 – Violazione dei principi in materia di custodia e segretezza delle offerte;

Le operazioni della Commissione di Gara si sarebbero protratte per un lungo arco di tempo, dalla seduta del 25.03.2011 a quella del 11.06.2001 - in assenza di indicazione delle misure cautelative assunte, al fine di garantire la custodia dei plichi e la loro segretezza ed inviolabilità- tenendo altresì conto che il termine per la presentazione delle offerte sarebbe scaduto alla data del 30.09.2010 e che la Commissione di Gara sarebbe stata nominata con Deliberazione di G.C. n. 19 del 19.01.2011.

5) violazione di legge per mancata applicazione degli artt. 78 e 88, D. Lgs. 163/2006 – Violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 3, l. 241/1990. Violazione di legge per mancata applicazione degli artt. 78 e 88, D. L.vo 163/2006 – Violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 3, l. 241/1990.

Nessuna motivazione sarebbe stata resa in merito alla valutazione in ordine all'attendibilità dell'offerta economica presentata dal RTP aggiudicatario provvisorio, all'esito del subprocedimento di verifica della congruità (Verbale, n. 10).

6) Eccesso di potere: difetto di istruttoria – difetto dei presupposti – travisamento dei fatti – difetto di motivazione – sviamento.

La mancata predisposizione dei criteri di attribuzione dei sub-punteggi nel bando di gara, la determinazione di questi criteri da parte della Commissione di Gara, in assenza di alcuna motivazione e, peraltro, dopo aver avuto contezza di tutti i concorrenti della gara, inficierebbero definitivamente l'operato della Commissione di Gara.

Concludevano per l'accoglimento del ricorso, con vittoria di spese.

Con atto depositato in data 18.8.2011, si costituiva il Comune di Isola Capo Rizzuto e deduceva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica allo studio "Silva srl-Architetti Associati", aggiudicatario della gara, per quanto concerne la parte inerente la relazione agro-pedologica, nonché per carenza di interesse a causa dell'omessa dimostrazione del superamento della prova di resistenza.

Nel merito, insisteva per la legittimità dell'operato della P.A. e concludeva per il rigetto del ricorso, con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese.

Alla pubblica udienza del giorno 9 marzo 2012, il ricorso passava in decisione.

DIRITTO

1.1. Vengono impugnati la Determina del Responsabile del Settore Territorio del Comune di Isola di Capo Rizzuto n. 609 del 6.7.2011, avente ad oggetto l'approvazione degli atti di gara per l'affidamento dell'incarico per la redazione del P.S.C., del R.E.U. e delle N.T.A., per quanto concerne la parte in cui dispone l'aggiudicazione definitiva, quanto alla componente geologica ed urbanistica, in favore dell'intimato R.T.P. "Studio DRH –Architetti Associati", nonché altri atti di gara.

1.2. Con la prima eccezione, il Comune di Isola Capo Rizzuto deduce inammissibilità del ricorso per omessa notifica allo studio "Silva srl", aggiudicatario per quanto concerne la parte della gara inerente la relazione agro-pedologica.

Il bando di gara prevede, quale “oggetto dell’incarico”, “la redazione dei seguenti strumenti urbanistici” ..” a) Piano strutturale Comunale (P.S.C); b) Regolamento Edilizio ed Urbanistico (R.E.U.) e N.T.A.; c) Relazione Geomorfologica; d) Relazione Agro-pedologica” (punto 2.1 del bando, pag. 2) e prevede altresì, fra le “Modalità e termini per la presentazione delle offerte”, la previsione, da apporre all’esterno della busta, della seguente dicitura: “contiene la candidatura alla procedura aperta per l’affidamento dei servizi relativi alla redazione dei nuovi strumenti urbanistici comunale- Componente agronomica o Componente geologica o Componente urbanistica” (punto 9 del bando di gara, pag. 10).

Parte ricorrente ha partecipato alla gara per l’affidamento dell’incarico concernente la componente urbanistica e geologica ed ha proposto la presente azione giurisdizionale avverso l’epigrafata Determina del Responsabile del Settore Territorio del Comune di Isola di Capo Rizzuto del 06.07.2011, n. 609, avente ad oggetto approvazione degli atti di gara per l’affidamento dell’incarico per la redazione del P.S.C., del R.E.U. e delle N.T.A., nella parte inerente il punto 2) del dispositivo, in cui viene prevista l’aggiudicazione definitiva dell’incarico professionale, quanto alla componente urbanistica ed alla componente geologica, in favore dell’ATP studio DRH architetti associati nella persona dell’arch. Sergio Dinale, contitolare e legale rappresentante, con via Tenanza, 1 – Venezia Mestre”, mentre non ha interposto impugnativa avverso il punto 3) del dispositivo, concernente l’aggiudicazione definitiva dell’incarico professionale, quanto alla componente agronomica, in favore dell’ATP “Studio Silva srl-Architetti Associati”. con studio in viale Mazzini, 9/2 Bologna, per cui, dall’eventuale accoglimento del presente ricorso non potrebbe che derivare la caducazione del solo punto 2 del dispositivo, in base al principio generale di *corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato*, discendente dall’art. 112, c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo.

Conseguentemente, anche se le censure svolte investono atti inerenti l'intera procedura di gara, a cominciare dalla stessa composizione della Commissione di Gara, che ha disposto in relazione ad entrambe le aggiudicazioni, l'eventuale accoglimento del presente ricorso non potrebbe intaccare l'effetto di *consolidamento dell'aggiudicazione* disposta con il punto 3) dell'epigrafata Determina del Responsabile del Settore Territorio del Comune di Isola di Capo Rizzuto n. 609 del 6.7.2011, formatosi in conseguenza dell'omessa interposta impugnativa avverso di esso, non potendosi ipotizzare, nel caso di specie, quella valenza *erga omnes* discendente dagli effetti caducanti del giudicato dispositivo dell'annullamento degli atti regolamentari.

Pertanto, l'eccezione va rigettata.

1.3. Con ulteriore eccezione, il Comune di Isola Capo Rizzuto, deduce che il presente ricorso sarebbe inammissibile poiché parte ricorrente non avrebbe dimostrato di aver superato la cosiddetta *prova di resistenza*.

Osserva al riguardo il Collegio che, a prescindere dall'obiezione secondo cui, nella specie, il metodo di aggiudicazione mediante il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa non consente di fornire adeguatamente alcuna *prova di resistenza*, ciò che assume rilievo dirimente è la considerazione secondo cui la verifica dell'interesse ad impugnare operazioni di gara pubblica può essere compiuta soltanto quando il ricorso investe la valutazione della posizione di singoli concorrenti, e non anche quando le cause dedotte investono le regole che presiedono all'intera procedura e che comportano, in caso di accoglimento, la rinnovazione *ab imis* di tutti gli atti del procedimento: nella specie a cominciare dalla Deliberazione di G.C. n. 17 del 19.01.2011, dispositiva della nomina della Commissione di Gara.

Ne consegue che, in quest'ottica, l'interesse strumentale alla ripetizione della gara non può essere inteso nel senso che esso postuli la dimostrazione del nesso causale

tra l'illegittimità denunciata ed il provvedimento sfavorevole per la parte ricorrente, ma nel senso che tale nesso non può essere escluso: sotto questo profilo, l'illegittima costituzione di una commissione giudicatrice vizia la scelta finale e legittima sempre l'impugnazione da parte di chi non ha ottenuto il provvedimento a sè favorevole (ex plurimis: Cons. Stato Sez. V 15.5.2006 n. 2711).

Pertanto, anche questa eccezione va rigettata.

2.1. Con il primo motivo, parte ricorrente deduce che la Commissione di Gara sarebbe stata nominata dalla Giunta Comunale, con Delibera n. 17 del 2011, anziché dal competente Responsabile del Settore Urbanistica.

Viene dedotta la violazione degli articoli 84, comma 2°, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 107 del D. Lgs. n. 267 del 2000, in relazione al principio della separazione tra poteri *di indirizzo e controllo politico amministrativo*, spettanti agli organi di governo, e poteri *di gestione amministrativa finanziaria e tecnica*, attribuiti ai dirigenti, in base al quale spetta ai dirigenti "la responsabilità delle procedure di appalto e di concessione" e, quindi, di qualsiasi provvedimento di natura tecnico gestionale, tra cui rientra sicuramente anche la nomina della commissione di gara .

Si tratta di una norma che generalizza ed estende a tutti i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture la disciplina originariamente prevista, quanto agli appalti per lavori pubblici, dall'art. 21 della legge 109/94, in tema di nomina e costituzione della commissione giudicatrice, allorché il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economica più vantaggiosa.

Per correttezza espositiva, va evidenziato che, con sentenza Corte Cost. n. 401 del 23.11.2007, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 84, commi 2, 3, 8 e 9, D.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui vincolava le Regioni all'osservanza di norme in materia di composizione e modalità di nomina dei componenti delle commissioni di gara, anziché disporre che le disposizioni abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale (sia che abbia

già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire), trattandosi di profili che non rientrano nella materia della *tutela della concorrenza*, ma nella materia della *organizzazione amministrativa*, che compete alle Regioni .

Ma di una disposizione legislativa regionale, che abbia disposto sul punto in divergenza rispetto alle previsioni invocate, non vi è traccia nel caso di specie.

I rapporti tra Giunta Comunale ed apparato burocratico trovano disciplina generale nell'art. 107, comma 1, del D. Lgs. n. 267 del 2000, secondo cui agli organi di governo spettano i poteri di indirizzo e di controllo ed ai dirigenti spetta la gestione amministrativa.

Il principio di separazione dei poteri tra organi politici e dirigenti è poi ripreso dal comma 2° del medesimo art. 107 del D. Lgs. n. 267 del 2000, il quale precisa che spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, che la legge e lo statuto espressamente non riservano agli organi di governo dell'ente e/o che non rientrano tra le funzioni del segretario o del direttore generale.

Dall'esegesi di queste norme, si evince chiaramente che, mentre alla Giunta Comunale è attribuito il compito di adottare atti di indirizzo che impegnano dirigenti e responsabili degli uffici e dei servizi (nei Comuni privi di qualifica dirigenziale), ai Dirigenti competono, ai sensi del successivo comma 3 dell'art. 107, le modalità per assolvere ai compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi nonché numerose funzioni con rilevanza esterna, essendo titolari non solo della gestione amministrativa, ma anche di quella finanziaria e tecnica, attraverso degli autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo anche e soprattutto nella materia degli appalti pubblici: in tale ottica si spiega l'attribuzione, in capo ai dirigenti degli enti locali, della competenza a presiedere le commissioni di gara e di concorso, delle responsabilità delle procedure di appalto e di concorso, e, di conseguenza, anche della nomina della

commissione giudicatrice, mediante disposizioni immediatamente applicabili, senza necessità d'interposizione di apposite fonti secondarie (conf.: Cons. Stato, Sez. V 28.12.2007 n. 6723).

Con riferimento ai Comuni di piccole dimensione, nei quali risulta difficile individuare una figura dirigenziale, trova applicazione l'art. 109 D.Lgs. 267/2000, il quale, sebbene sembri lasciare al Sindaco un'ampia discrezionalità nel delegare, con provvedimento motivato, dette funzioni gestionali, ai responsabili degli uffici e dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, non consente, però, neanche in lettura combinata con l'art. 53, comma 23 della L. n. 388/00, nel testo modificato dall'art. 29, comma IV L. 448/01, che, nei comuni con popolazione inferiore a 5000 abitanti, la possibilità di affidare, mediante espresse disposizioni regolamentari, la responsabilità degli uffici e dei servizi nonché il potere di adottare atti anche di natura tecnica- gestionale, in capo all'intera Giunta, in sede collegiale, ma, eventualmente, soltanto in capo al componente dell'organo esecutivo, *uti singulo*.

Nel caso di specie, invece, la nomina della commissione di gara è stata posta in essere dalla Giunta Comunale Comunale, con l'impugnata Deliberazione n. 17 del 19.01.2011.

Ne discende l'accoglimento della presente censura.

2.2. Con il secondo motivo, parte ricorrente deduce che la presidenza della commissione di gara, in violazione degli artt. 107, comma 3, lett. a), D. L.vo 267/2000 e 84, comma 3, D. L.vo 163/2006, non sarebbe stata attribuita al Responsabile del Settore, ma al segretario comunale, peraltro con motivazioni genericamente riferibili ad esigenze di servizio e ad eccessivo carico di lavoro al fine di non pregiudicare il normale funzionamento del servizio” (Deliberazione G.C. n. 49/2011).

L'art. 84, comma 3° del D. Lgs 12.4.2006 n. 163 stabilisce: “La commissione è presieduta da un dirigente della stazione appaltante, nominato dall'organo competente”.

Ed invero, nell'attuale assetto normativo, il Segretario Comunale, mantiene con il comune un mero rapporto organico e non di servizio, ha istituzionalmente compiti di collaborazione, di assistenza giuridico-amministrativa e di sovrintendenza e di coordinamento del personale dirigenziale (in presenza di determinati presupposti), di consulenza, di verbalizzazione e di ufficiale rogante per tutti i contratti di cui il comune è parte, per cui non può espletare altre specifiche funzioni, come la presidenza di una Commissione di gara o la direzione di un ufficio, in assenza di un'espressa previsione statutaria o regolamentare.

Ma, nel caso di specie, non vi è traccia in atti dell'esistenza di siffatta previsione statutaria o regolamentare.

Pertanto, la censura merita adesione.

3. L'accoglimento delle superiori censure, comportando la rimozione *ab imis* degli atti della procedura di gara, per quanto di interesse, consente di dichiarare assorbiti gli ulteriori profili di gravame svolti.

In conclusione, il ricorso si appalesa fondato e va accolto e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti, per quanto di interesse.

La evidenziate difficoltà organizzative dell'Amministrazione Comunale consentono di compensare integralmente le spese del giudizio tra le parti.

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 gli impugnati provvedimenti, per quanto di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere, Estensore

Anna Corrado, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)