

N. 00195/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00521/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 521 del 2013, proposto dalla Società C.I.R. Food S.C., rappresentata e difesa dall'avv. Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso Marco Coco in Pescara, via Firenze 10;

contro

Comune di Pescara, rappresentato e difeso dall'avv. Marco De Flaviis, con domicilio eletto in Pescara, Ufficio Legale Comune;

nei confronti di

Sirio S.r.l.;

per l'annullamento

della *determinazione n. 99 del 18 novembre 2013* con cui il Responsabile del Settore Servizi Scolastici del Comune di Pescara ha annullato la procedura di gara relativa all'affidamento dei servizi di supporto delle mense scolastiche della quale la società ricorrente era aggiudicataria; dell'avviso di annullamento della suddetta gara pubblicato dal Dirigente del Settore Gare e Contratti in data 22.11.2013; del verbale n. 8 della seduta di gara del 21.11.2013 di presa d'atto da parte della Commissione Giudicatrice dell'annullamento della procedura; di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti; nonchè per la condanna al risarcimento del danno a favore della società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pescara;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

relatore nell'*udienza pubblica del giorno 17 aprile 2014* il cons. Dino Nazzaro e uditi per le parti i difensori come da verbale d'udienza,

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Viene impugnata la determinazione n. 99/18.11.2013 del comune di Pescara (affidamento dei servizi di supporto nelle mense scolastiche 2013/17), il suo avviso del 22.11.2013, nonché agli atti pregressi indicati in ricorso, con declaratoria dell'avvenuta aggiudicazione in favore della soc. CIR Food, con l'eventuale riapertura delle operazioni di gara ancora da espletare in punto di congruità dell'offerta.

Si chiede, altresì, la caducazione della eventuale nuova gara e la condanna al risarcimento dei danni subiti dalla società.

La causa dell'annullamento, ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90, è nel fatto che il figlio del Responsabile Unico del Procedimento (Rup) sia alle dipendenze della Cir e/o società collegata, che avrebbe svolto le sue funzioni presso il centro di Montesilvano fino al 30.06.2013.

La ditta ricorrente sostiene la totale ininfluenza della circostanza, sia perché la ditta non era affatto a conoscenza di ciò, avendo circa 11000 dipendenti in tutta Italia, sia perché Paolo Di Crescenzo, quale Rup, non ha ricoperto alcun ruolo attivo nell'assegnazione, essendosi limitato a determinare l'importo base d'asta; il figlio Angelo, a sua volta, è un semplice magazziniere (livello sesto *super*) che comunque passerebbe, in caso di aggiudicazione ad altra società, alle dipendenze della stessa, come da CCNL (comparto turismo) e da capitolato speciale d'appalto(art.10).

L'annullamento, pertanto, sarebbe del tutto ingiustificato, facendosi errata applicazione dell'art. 6-bis l. n. 241/90.

DIRITTO

In via preliminare, trattandosi di annullamento dell'intera gara, senza scorrimento della graduatoria, non ha senso parlare di contro-interessati, poiché gli effetti negativi, immediati e diretti, sono unicamente per l'aggiudicatario; gli altri partecipanti, invero, se hanno interesse a conservare la loro posizione, avrebbero dovuto impugnare anch'essi l'atto di annullamento.

L'eventuale possibile ripetizione della gara, si prospetta come aspettativa di mero fatto, del tutto irrilevante ai fini del contraddittorio e/o della sua integrazione.

Superata l'eccezione d'inammissibilità e/o d'improcedibilità, va esaminato il merito della vicenda.

Il problema della regolarità della gara per un possibile conflitto d'interessi, sollevato da un consulente di altra ditta non aggiudicataria, concerne un rapporto di parentela tra un soggetto, appartenente all'Amministrazione comunale, incaricato come Rup nella procedura di appalto, ed un dipendente della ditta risultata vincitrice, che risulta essere figlio del primo.

Una volta verificata la sussistenza del segnalato rapporto personale esistente tra il responsabile del procedimento ed il magazziniere della ditta aggiudicataria, s'impone per l'Amministrazione il problema di valutare in concreto la rilevanza della circostanza, atteso che, essendo mancata ogni preventiva segnalazione di un tale eventuale conflitto potenziale, non è stato possibile sostituire il Rup.

Il Segretario generale del Comune ha, infatti, richiesto una dettagliata relazione che analizzasse ogni singolo passaggio della procedura. In essa, si fa presente che trattasi di un appalto ripetitivo che si svolge dal 2004/2005: medesime prestazioni, stesse strutture scolastiche, stesse tipologie di lavoratori, capitolati d'appalto immutati, salvo le innovazioni normative e di clausole. Dal 2007 vi è sempre il medesimo Rup che, che essendo anche Responsabile del Servizio Ristorazione (Rss), si limita "a corredare i vari capitolati d'appalto dei dati numerici ed economici necessari per determinare l'importo a base d'asta" ed ha definito in n. 152 ore giornaliere il monte orario lavorativo delle n. 22 cucine, quale stima del fabbisogno prefigurabile per la durata dell'appalto quadriennale.

La relazione pone in evidenza che non si comprende quale sarebbe, sul piano logico-razionale, l'incidenza del conteggio del personale a 35 ore sul progetto, che non risulta essere affatto indicato nella nota che ha sollevato il conflitto d'interesse in modo del tutto astratto e generico.

Quel che va rilevato sul piano oggettivo, è che il dipendente del Comune è stato nominato Rup in quanto Rss ed in base alla sua esperienza pluriennale; il di lui figlio è un magazziniere, di livello sesto *super*, della ditta e che comunque conserverebbe tale posizione presso qualsiasi altra ditta aggiudicataria per norma contrattuale (art. 329 Ccnl) e di capitolato d'appalto (delibera G.M. n. 297/2014, art.5) e di quello speciale allegato al bando (art.10). Quella del magazziniere è una posizione di coordinamento tecnico esecutivo ed ha una sua autonoma tutela di continuità del servizio, che prescinde da ogni dipendenza attuale e/o futura.

Il dato normativo cui si fa riferimento sono gli artt. 6 e 6-bis, inserito dall'art. 1, comma 41 l. n. 190/2012, che stabiliscono come il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale, devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni eventuale situazione anche potenziale.

La norma, che prevede una notevole ampiezza di compiti, stabilisce un obbligo d'astensione da parte del dipendente pubblico, mentre nessuna preclusione di partecipazione alla gara vi è per la ditta che, da parte sua, non è tenuta a verificare alcunché, potendo ignorare la parentela esistente e che comunque non avrebbe alcun altro mezzo per eliminare l'ostacolo, se non il licenziamento del proprio subordinato. La disposizione esprime un principio generale dell'attività amministrativa, che implica tutta una serie di compiti da parte del Rup, con una puntuale indicazione della sfera delle situazioni di conflitto d'interesse.

La presente fattispecie, come esattamente rilevato, attiene al campo dei contratti pubblici che ha la sua specifica normativa negli artt. 10 d.lgs. n. 163/2006 e 272-273 Dpr n. 207/2010.

Nella procedura ad evidenza pubblica, ogni potere decisionale spetta alla Commissione giudicatrice di cui non fa parte il Rup che ha una posizione di supporto esterno, senza alcuna effettiva incidenza né in fase istruttoria, né in quella decisionale; in ragione di ciò, non si può configurare, neppure in via potenziale ed ai sensi dell'art. 6-bis l. n. 241/1990, alcun conflitto d'interessi proprio per i compiti del Rup, che sono limitatissimi (indicazione dei dati numerici per determinare l'importo a base d'asta), del tutto preliminari, né sono stati oggetto di contestazione alcuna. Ad ulteriore conforto di quanto ritenuto vi sono i verbali di gara che attestano in modo inequivoco la non presenza del Rup e come ogni decisione è stata presa dalla Commissione di gara.

Significativo è anche il fatto che il consulente di una delle aziende concorrenti, non aggiudicatario, si sia limitato a fare una tardiva segnalazione postuma, senza che nessuna di tali ditte abbia ritenuto di dover impugnare l'aggiudicazione, né eventualmente il bando di gara.

Con l'annullamento, il Comune ha ritenuto di dover fare una rigorosa quanto astratta applicazione dell'art. 6-bis citato, sul presupposto che il Rup si sarebbe dovuto comunque astenere pur non avendo preso parte attiva alla procedura, rimettendo ogni decisione alla Commissione giudicatrice.

L'annullamento d'ufficio appare essere una soluzione estrema ed anormale della cd. mera legalità, rispetto a quella che doveva essere un'attenta e ponderata analisi critica della fattispecie, in considerazione del concreto svolgimento della gara e dell'avvenuta aggiudicazione, evidenziando il reale interesse pubblico.

Le regole in punto di anticorruzione (l. n. 190/12) hanno a presupposto la violazione effettiva, da parte del dipendente, di un suo puntuale obbligo di condotta e la mancanza di trasparenza ed imparzialità nella procedura d'appalto, che nessuna delle ditte concorrenti ha mai sollevato, né in concreto la stessa Amministrazione ha saputo indicare, rilevando anzi la posizione esterna e di mero supporto del Rup, nonché la standardizzazione della stessa gara in base ai precedenti dal 2007 in poi.

La potenziale situazione di conflitto d'interesse non significa dare valore decisivo ad ogni osservazione strumentale, ma deve essere sempre verificata una valida ragione d'incompatibilità che possa inficiare in modo visibile il buon andamento della P.A..

Nel caso in esame, la procedura di gara si è conclusa con l'aggiudicazione e non ha senso parlare di un intervento di prevenzione ante-corruttiva, né in punto l'Amministrazione e le ditte partecipanti hanno sollevato alcunché, limitandosi a porre un dubbio a mezzo di un consulente di una delle società partecipanti.

Il Comune potrà per l'avvenire separare il Rss dal Rup, ma dire che l'annullamento d'ufficio è stato doveroso solo perché con la ditta aggiudicatario vi lavora in posizione esecutiva un parente del dipendente pubblico, appare eccessivo, proprio in considerazione della verifica fatta e non potendo imputare al medesimo alcunché di irregolare e/o poco lineare, essendosi limitato a fare un adempimento preliminare (indicazione dei dati numerici ai fini della formulazione dell'offerta), sulla cui rilevanza nessuna ditta ha sollevato un'espressa censura.

La difesa del Comune sostiene che non sarebbe decisivo il fatto che non vi sia stata alcuna alterazione della gara, ma trattasi di una tesi che cade nella retorica della mera legalità, senza alcuna parvenza di fondamento e con grave danno dell'interesse pubblico concreto.

La cd. ottica preventiva dell'anticorruzione non può trasmodare in un uso strumentale ed improprio in mano alle ditte perdenti; la non influenza, nel caso di specie, dell'art. 6-bis l. n. 241/1990, toglie rilevanza all'eccezione di costituzionalità sollevata, in via subordinata, da parte ricorrente nella memoria depositata in data 1.4.2014.

Sul piano risarcitorio, trattandosi, in via teorica, di un'ipotesi di astensione da parte del dipendente pubblico, la richiesta

sarebbe plausibile e fondata, ma il regime di proroga tecnica in favore della Cir e l'accoglimento del gravame, con la riviviscenza dell'atto annullato, vengono ad elidere ogni danno eventuale per equivalente, che stessa parte ricorrente pone come soluzione alternativa alla reintegrazione in forma specifica.

Il ricorso è accolto per la parte impugnatoria.

Le spese di causa seguono la soccombenza

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo *accoglie* e per l'effetto *annulla* l'atto impugnato ed indicato in epigrafe.

Condanna il comune di Pescara al pagamento dei compensi professionali, come da tabelle dei parametri forensi ed utilizzando la media dei compensi con riduzione fino alla metà (D.M. Giustizia n. 55/2014, artt. 4, 22, 28, 29, tab. 21), in favore della società ricorrente, in relazione alla fasi svolte, dalla cautelare alla decisoria, provvedendo ad una liquidazione unitaria, spese generali comprese, in complessivi €4000,00=, oltre il rimborso del C.U. versato, nonché gli accessori di legge (Iva e Cpa).

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Michele Eliantonio, Presidente

Dino Nazzaro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Balloriani, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **24/04/2014**

IL SEGRETARIO

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