



REPUBBLICA ITALIANA
Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
Salerno
SEZIONE PRIMA

Avvocato Difensore:

Presso:

Comune Di Stio

—

Avviso di pubblicazione di sentenza

(ai sensi dell' art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Si comunica che la sentenza sul ricorso indicato e' stata pubblicata in data 03/05/2021 con il n. 1124/2021 ed esito: **Accoglie.**

Numero Registro Generale: 691/2020

Parti	Avvocati
Octopus Consorzio Stabile Scarl	Abbamonte Andrea

Contro:

Parti	Avvocati
Comune Di Stio, ed altri	

COGLIE

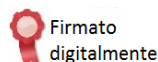
Il provvedimento in versione originale è allegato allo stesso messaggio PEC che comprende questa comunicazione.

Salerno, li' 03/05/2021

il funzionario

Publicato il 03/05/2021

N. 01124/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00691/2020 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 691 del 2020, proposto da Octopus Consorzio Stabile S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Accarino in Salerno, c.so Vittorio Emanuele 58;

contro

Comune di Stio, non costituito in giudizio;

nei confronti

Asmel Consortile S.c.a.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della determina del Responsabile del Servizio n. 62 del 14.5.2020 comunicata a mezzo pec in data 15.5.2020 con la quale è disposta la <<disapprovazione verbali di gara e determinazioni consequenziali>> e per l'effetto di "non aggiudicare i lavori di <<adeguamento e messa in sicurezza SR 488- Tratto Stio- Vallo della Lucania>> da realizzare nel territorio dei Comuni di <<Stio – Gioi- Moio della

Civitella- Vallo della Lucania>>; reinviare gli atti in parola alla Commissione di gara, con invito al <<rinnovo dell'attività di gara>>, indetta con bando di gara prot. 1438 del 30/05/2019;

b) della nota prot. 2958 del 20.11.2019 inoltrata dal RUP alla Commissione Giudicatrice al fine di <<rivedere la propria valutazione>> in ordine alla offerta OCTOPUS conosciuto a mezzo della nota di cui sub a);

c) della nota a firma del RUP prot. 2961 del 20.11.2019 inoltrata al Cons. ricorrente se ed in quanto occorrente; d) della nota prot. 3259 del 24.12.2019 inoltrata dal RUP alla Commissione di Gara con la quale è richiesto alla stessa di rivedere il proprio operato;

e) della nota inoltrata alla Commissione di Gara, a seguito del Summit “Partenariato/Centrale Committenza”, di data e prot. sconosciuti - e di cui si è a conoscenza per essere richiamata nella Determina n. 62/2020- di richiesta di valutazione relativamente alla fornitura ed installazione di impianto di pubblica illuminazione f) della nota prot. 1260 del 24.4.2020 a firma del RUP inoltrata al Cons. ricorrente;

g) per quanto di ragione e cautelativamente degli atti di eventuale rinnovazione della procedura di gara;

h) di ogni ulteriore atto, preordinato, connesso, consequenziale e/o comunque lesivo degli interessi del consorzio ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2021 il dott. Pierangelo Sorrentino e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25, co.2, d.l. n.37/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – L'odierna controversia trae origine dall'impugnazione, da parte del consorzio stabile Octopus s.c.a.r.l., della determina n. 62 del 14/5/2020, adottata dal R.U.P. della procedura di affidamento indetta dal comune di Stio per l'appalto dei lavori di «*Adeguamento e messa in sicurezza strada regionale S.R. n. 488 tratto Stio-Vallo della Lucania*», con cui il predetto Responsabile ha rifiutato di approvare l'operato della Commissione - così come formalizzato nei verbali nn. 1, 2, 3 e 4 - e l'aggiudicazione della gara, rinviando gli atti alla Commissione con invito al «*rinnovo dell'attività di gara*».

2. – Nell'impugnata determina, il R.U.P., nello svolgimento delle verifiche di sua competenza sull'offerta prima classificata del consorzio ricorrente, risultata anomala, ha censurato l'operato della Commissione di gara, giacché a suo modo di vedere caratterizzato da numerosi elementi di criticità e, quindi, di «*dubbia attendibilità*», sindacando la valutazione dell'offerta del Consorzio ricorrente svolta dalla Commissione sulla scorta di una serie di rilievi, quali:

- la circostanza che l'offerta tecnica conterrebbe «*per lo più lavorazioni aggiuntive*»;
- dette lavorazioni sarebbero «*del tutto estranee e non coerenti con le finalità del progetto approvato dal Comune*»;
- «*non (...) fattibili in quanto si tratta di lavorazioni (come la fornitura ed installazione di impianto di pubblica illuminazione, costituito da n.: 220 pali in acciaio zincato e relative armature a led, nel tratto di strada Stio - Moio, per circa 11 km) che non possono essere realizzate, senza le autorizzazioni di rito*», il cui diniego sarebbe da ritenersi «*praticamente certo, alla luce delle rispettive normative che ne impediscono il rilascio*»;
- l'impianto di pubblica illuminazione offerto non raggiungerebbe i parametri illuminotecnici minimi di sicurezza e «*se anche, per assurdo, si ipotizzasse di prescindere da tutto, in modo che l'offerta potesse essere realizzata, l'impianto in parola comporterebbe, costi, consistenti e sistematici per i quattro Comuni del Partenariato, dovendo questi sostenere enormi costi di gestione*».

3. – Da quanto dichiarato nella suindicata determina emerge che la commissione di gara ha poi dato riscontro ai rilievi e all'invito del R.U.P. - e alle successive richieste di chiarimenti - con note assunte a protocollo in data 10/12/2019, 15/01/2020 e 9/03/2020.

4. – Ciò non di meno, all'esito dei suddetti chiarimenti - e di quelli forniti dal Consorzio ricorrente (30/10/2019; 27/11/2019; 3/1/2020) - il R.U.P. riteneva l'operato della Commissione giudicatrice, siccome formalizzato nei verbali di gara (dal n. 1 al n. 4), «*di dubbia attendibilità, palesemente illogico e/o manifestamente irragionevole, con palese disparità di trattamento tra gli operatori economici concorrenti*», rifiutando, come detto, l'approvazione dei verbali e l'aggiudicazione della gara.

5. – Avverso siffatto provvedimento di diniego è insorto il consorzio ricorrente, deducendone l'illegittimità sotto molteplici profili, segnatamente:

- per violazione del codice dei contratti pubblici e del disciplinare di gara, nonché per eccesso di potere (motivo *sub I*), avendo il R.U.P., con l'avversata determina, invaso la sfera di competenza della commissione di gara e indebitamente sovrapposto i suoi giudizi a quelli dell'organo valutativo, in spregio al riparto di funzioni previsto dal codice (artt. 3 e 77) e dalla *lex specialis* (capo 6 e 7 del disciplinare);

- in ragione della «*perfetta congruità della valutazione/attribuzione del punteggio all'offerta tecnica di parte ricorrente*» svolta dalla commissione e della erroneità, nel merito, all'opposto, dei rilievi del R.U.P., in particolare, quelli vertenti sul carattere «*aggiuntivo*» delle lavorazioni previste nell'offerta e sulla «*coerenza dell'offerta praticata con il progetto approvato*» (motivo *sub II*);

- per l'irritualità e la scorrettezza del *modus agendi* del RUP che, con riferimento all'impianto di pubblica illuminazione proposto, ove mai avesse ritenuto che l'illuminazione offerta non fosse sostenibile e/o irrealizzabile, o comportasse costi di gestione e/o manutenzione inauditi «*avrebbe potuto, e dovuto, al più - ed in*

ossequio al principio di economicità - stralciare le suddette lavorazioni da quelle che l'aggiudicataria doveva realizzare, approvando le operazioni di gara nella parte in cui avevano attribuito il punteggio qualità per le migliorie/soluzioni migliorative/prezzo/tempo maggiore al predetto Consorzio» (motivo sub III);

- da ultimo, e sempre nel merito dei giudizi formulati dal R.U.P., per *«l'assoluta irrazionalità»* delle motivazioni da questi addotte per addivenire alla non approvazione della proposta della Commissione, con particolare riferimento sia all'impianto di illuminazione, sia alla barriera/guardarail per i veicoli a due ruote (motivo sub IV).

6. – Il comune di Stio non si è costituito in giudizio.

7. – All'udienza pubblica del 21 dicembre 2020 il Collegio, con ordinanza n. 691/2020, ha disposto l'acquisizione, onerandone l'amministrazione comunale, della documentazione afferente la gara, nonché di una puntuale e documentata relazione sui fatti di causa, adempimento al quale l'ente ha ottemperato depositando la documentazione di gara e una relazione a firma del R.U.P. in 18 novembre 2020.

8. – Dalla suindicata relazione e dagli atti depositati si ricava che in data 30/6/2020 la Commissione di gara, facendo seguito alla impugnata determina, con la quale il R.U.P., tra l'altro, aveva invitato l'organo valutativo a procedere *«al rinnovo dell'attività di gara»*, ha rimesso al R.U.P. i verbali di gara n. 5 del 20/06/2020 e n. 6 del 22/06/2020, contenenti conferma dei punteggi già attribuiti con i verbali n. 3 e 4, rispettivamente del 2 e del 9/10/2019 e che nessun provvedimento è stato adottato nel prosieguo.

9. – Il consorzio ricorrente ha depositato memoria, in vista dell'udienza del 21 aprile 2021, ulteriormente argomentando nel senso dell'illegittimità dell'impugnata determina e insistendo per l'accoglimento del gravame.

10. – Il ricorso è fondato e merita di essere accolto.

11. – L'art. 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (rubricato "Commissione giudicatrice") prevede che: *«Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di*

*concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta di esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto». L'art. 31, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 riconosce poi la competenza generale del R.U.P. a svolgere tutti i compiti (*id est*, ad adottare tutti gli atti della procedura) «*che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti*», ulteriormente precisando, al comma 4, lett. c) che il R.U.P. «*cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure*».*

11.1. – In conformità alla disciplina di cui sopra il Disciplinare di gara (Capo 6) attribuisce alla Commissione «*i compiti di valutazione delle offerte tecniche ed economiche*» tra cui anche «*quelle di ausilio al R.U.P. nella valutazione della congruità delle offerte*» e (punto 6.6.) nell'ipotesi di offerte anomale o anormalmente basse, dispone che la Commissione «*rimette gli atti al responsabile del procedimento al fine della verifica delle offerte anormalmente basse ai sensi degli articoli 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016*».

11.2. – Alla commissione giudicatrice è dunque riservata «*l'attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie*» (Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1104; da ultimo *cfr.* T.A.R. Salerno, sez. I, 23 aprile 2021, n. 1307).

11.2.1. – D'altro canto ben diverse sono le valutazioni da compiersi nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia, rispetto a quelle compiute dalla Commissione aggiudicatrice in sede di esame delle offerte atteso che, mentre essa è chiamata soprattutto a esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrando pertanto la propria attenzione soprattutto sugli elementi tecnici di essa, invece il giudizio di anomalia si concentra sull'offerta economica e, segnatamente, su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o, comunque,

con i prezzi ragionevolmente sostenibili; inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta dalla Commissione aggiudicatrice su base comparativa, dovendo i punteggi essere attribuiti attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell'offerta, al contrario il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi praticati ex se considerati (v. Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2017, n.3646).

11.3. – Appare evidente, allora, che i rilievi e le deduzioni sollevate dal R.U.P nell'impugnata determina n. 62/2020 si inscrivano appieno nell'alveo dell'attività di giudizio riservata alla commissione di gara e risultino palesemente invasive delle attribuzioni del predetto organo, attenendo essi alla valutazione in senso stretto dell'offerta tecnica e appuntandosi, come accennato, sulla rispondenza o meno delle lavorazioni proposte alle finalità del progetto approvato dal comune, sulla concreta eseguibilità delle medesime sotto il profilo del superamento dei vincoli che interessano la zona di realizzazione dell'intervento, sulla loro natura meramente «aggiuntiva» e sull'idoneità tecnica dell'impianto di pubblica illuminazione offerto dal consorzio ricorrente.

11.4. – Le modalità di esercizio del potere di *remand* di cui si è sostanzialmente avvalso il responsabile unico del procedimento - che ha ripetutamente compulsato la commissione di gara sollecitandone il confronto dialettico e acquisendo i richiesti chiarimenti e, cionondimeno, ha deciso di non approvare gli esiti della gara per motivi pure esaminati e vagliati dalla commissione, unico organo competente alla valutazione delle offerte, rimettendo gli atti per il rinnovo delle attività di gara - configura, allora, ad avviso del Collegio, un'inammissibile e illegittima duplicazione della medesima attività.

11.5. – Il potere di approvazione degli atti di gara non può spingersi, infatti, fino al punto di determinare una sostanziale sostituzione della commissione, di fatto azzerandone i compiti, attraverso una decisione autonoma e susseguente da parte di chi sia chiamato solo ad operare un controllo estrinseco (T.A.R. Napoli, sez. I, 12 novembre 2014 n. 5844).

11.5.1. – Il R.U.P. non poteva dunque autonomamente discostarsi dalla valutazione tecnica condotta dalla commissione, e da quest'ultima ribadita, come detto, nelle note di riscontro trasmesse alla Stazione appaltante. A fronte di una valutazione di tipo tecnico-discrezionale non era dunque consentito al R.U.P., come invece emerge dal tenore dell'impugnata determina, sostituire il proprio giudizio personale a quello della commissione, usurpandone le prerogative e svuotando di rilievo la discrezionalità tecnica ad essa riconosciuta (T.A.R. Lombardia, Brescia, 25 settembre 2018, n. 906).

12. – L'accoglimento della censura relativa all'incompetenza del R.U.P. determina l'assorbimento degli ulteriori motivi (*sub* II e IV) con i quali la ricorrente contesta nel merito il tenore del provvedimento impugnato. Dal loro vaglio può allora senz'altro prescindersi, per ragioni di economia processuale, venendo in gioco l'esame di censure logicamente subordinate (rispetto al motivo *sub* I), tese a smentire la fondatezza di giudizi tecnico-discrezionali sull'offerta del consorzio, per giunta provenienti da un organo (il R.U.P.) privo di legittimazione a formularli e invasivi, come detto, della sfera di competenza valutativa della commissione, il cui scrutinio, per altro profilo, provocherebbe una indebita sovrapposizione della valutazione del Collegio a quella dell'organo investito del relativo potere e avente titolo *ex lege* a valutare le offerte di gara.

13. – Non può darsi ingresso, poi, giacché inammissibile, evidentemente impingendo in scelte discrezionali rimesse all'esclusiva competenza della stazione appaltante, al terzo motivo di ricorso, con il quale il consorzio censura la mancata approvazione degli atti di gara previo «*stralcio*», da parte del R.U.P., delle lavorazioni ritenute aggiuntive e offerte dal consorzio, in ossequio a richiamati principi di correttezza ed economicità dell'azione amministrativa.

14. – Di diverso tenore le argomentazioni sviluppate dal ricorrente nella memoria da ultimo rassegnata, che il Collegio ritiene condivisibili nella parte in cui pongono in risalto l'irritualità della condotta dell'amministrazione che, rivelando un

insanabile contrasto con l'organo valutativo, ha reiteratamente invitato la commissione a rinnovare l'attività di gara, per poi respingerne i chiarimenti e le spiegazioni pure fornite, di fatto sollecitando una rivisitazione dei giudizi da questa già formulati - e poi dalla commissione svolta nella medesima composizione (*cf.* verbali nn. 5 e 6) - in macroscopica violazione del principio di segretezza, essendo pacifico che la commissione non può rivalutare le offerte tecniche, nelle componenti discrezionali, se è già a conoscenza di quelle economiche (Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287; Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2016 n. 4934; T.A.R. Milano, sez. I, 12 novembre 2018 n. 2565; T.A.R. Bologna, sez. I, 10 gennaio 2018, n. 24), e ciò allo scopo di assicurare tutela ai superiori principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, evitando che elementi di valutazione di carattere automatico (prezzo) possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali (*cf.*, *ex multis*, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 21 luglio 2020, n. 467).

15. – Sulla controversa vicenda amministrativa giova ancora osservare, più in generale, che deve ritenersi ormai formato il silenzio assenso sulla proposta di aggiudicazione della commissione, essendo inutilmente decorso il termine previsto dall'art. 33, comma 1, Codice dei contratti pubblici, ciò che non determina, naturalmente, il perfezionamento dell'aggiudicazione (definitiva), la quale per i complessi interessi sottesi e le esigenze che intende soddisfare non può che rivestire le forme del provvedimento espresso adottato dalla stazione appaltante (T.A.R. Lecce, sez. II, 12/08/2019, n.1424; T.A.R. Salerno, sez. I, 12/07/2017, n.1153).

15.1. – Ne deriva, allora, che l'amministrazione deve portare a conclusione il procedimento, procedendo all'aggiudicazione previo esperimento delle verifiche propedeutiche, ovvero alla reiezione degli atti di gara, ben potendo, qualora il conflitto con le posizioni della Commissione dovesse persistere, determinarsi in autotutela e non procedere all'aggiudicazione dell'appalto.

16. – In conclusione il ricorso va accolto e la determina n. 62 del 14/5/2020 annullata.

17. – Le spese, come per legge, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determina n. 62 del 14/5/2020 del Comune di Stio, ferma restando, naturalmente, la facoltà dell'amministrazione, quanto al prosieguo della vicenda, di liberamente determinarsi.

Condanna il comune di Stio, non costituito in giudizio, alla refusione, in favore del consorzio ricorrente, delle spese e competenze di lite, che si liquidano in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori, come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

Fabio Di Lorenzo, Referendario

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO