



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4687 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Teknimond s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Vitulano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

Centrale Unica di Committenza Valle Vitulanese, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

Tecnocostruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

I) con il ricorso introduttivo:

- della determinazione del Sindaco - Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Vitulano n. 272/511 del 13 ottobre 2018, con cui è stata disposta l'esclusione dell'offerta presentata dalla ricorrente nella procedura di gara per l'affidamento dei lavori di sistemazione finale, ripristino ambientale e messa in sicurezza definitiva e permanente della discarica comunale alla località Monte Cappella - Chiaia;

- ove occorra, di tutti gli atti istruttori ivi richiamati, ed in particolare della determinazione n. 471 del 3 ottobre 2018, con cui il Sindaco - Responsabile dell'Area Tecnica ha deciso di chiedere un parere legale, e del parere legale acquisito;

- di ogni altro atto a cui siano riferibili le censure contenute nei motivi di ricorso;

II) con i motivi aggiunti:

- della determina del Comune di Vitulano n. 544 del 30 ottobre 2018 recante aggiudicazione in favore della società Tecnostruzioni s.r.l.

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

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2019 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Teknimond s.r.l. ha partecipato alla procedura indetta dalla Centrale Unica di Committenza Valle Vitulanese per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza e direzione dei lavori per la *“sistemazione finale, ripristino ambientale e messa in sicurezza definitiva e permanente della discarica comunale alla località Monte Cappella – Chiaia”* nel Comune di Vitulano, con importo a base d'asta di € 1.112.821,74 oltre oneri di sicurezza.

Con il ricorso introduttivo la società, risultata prima graduata all'esito della selezione concorsuale, impugna la determinazione dirigenziale n. 511 del 13.10.2018 recante propria esclusione all'esito del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta ex art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016, articolando i seguenti motivi di gravame:

1) incompetenza e violazione degli artt. 31 e 97 del D.Lgs. n. 50/2016: l'atto sarebbe stato adottato da soggetto incompetente (Sindaco del Comune di Vitulano in qualità di responsabile dell'area tecnica) e non dal R.U.P., soggetto al quale le rubricate previsioni del Codice degli appalti pubblici ed il bando di gara attribuiscono il compito di provvedere alla verifica di congruità delle offerte con il supporto della commissione giudicatrice;

2) eccesso di potere, irragionevolezza, incongruità della motivazione, falsità dei presupposti, difetto di istruttoria: l'offerta della società ricorrente sarebbe stata già positivamente vagliata dal R.U.P. con il supporto della commissione di gara ed il provvedimento negativo successivamente adottato si baserebbe su un parere di un professionista esterno all'ente il quale, tuttavia, era stato incaricato di esaminare un profilo distinto rispetto all'anomalia dell'offerta (affidamento dei servizi tecnici di progettazione, coordinamento per la sicurezza, direzione dei lavori) in vista dell'eventuale adozione di atti di autotutela;

3) manifesta irrazionalità, difetto di istruttoria, perplessità della motivazione: si contestano partitamente le valutazioni contenute nel parere del professionista poste a fondamento dell'atto espulsivo in ordine alla presunta anomalia dell'offerta ed inoltre, secondo la istante, l'amministrazione non avrebbe tenuto conto dei chiarimenti forniti dall'impresa.

Si è costituito in giudizio il Comune di Vitulano che eccepisce l'improcedibilità del gravame per omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore della società

Tecnocostruzioni s.r.l. adottato con determina n. 544 del 30 ottobre 2018 e l'inammissibilità per mancata notifica alla predetta società controinteressata ai sensi dell'art. 41 c.p.a..

Avverso detta aggiudicazione la società ricorrente propone motivi aggiunti notificati anche alla Tecnonocostruzioni s.r.l., articolando censure di illegittimità derivata.

Il Comune di Vitulano oppone poi l'irricevibilità dei motivi aggiunti, in quanto tardivamente notificati il 6.12.2018, oltre il termine di cui all'art. 120, comma 5, del c.p.a., evidenziando che il provvedimento di aggiudicazione è stato trasmesso a tutti i partecipanti con nota prot. n. 5325 del 30.10.2018.

Nel merito, l'amministrazione replica alle censure e chiede il rigetto del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

Il T.A.R. ha respinto le domande cautelari con ordinanze n. 1916/2018 e n. 1819/2018.

All'udienza del 20.2.19 la causa è stata trattenuta in decisione.

All'esito di un esame approfondito del merito, *melius re perpensa*, il Collegio ritiene di superare le eccezioni in rito sollevate dalla difesa dell'amministrazione.

Quanto alla dedotta improcedibilità ed inammissibilità del ricorso introduttivo, va rilevato che la Teknimond s.r.l. vi ha posto rimedio mediante impugnazione del provvedimento di aggiudicazione (determina n. 544/2018) con motivi aggiunti affidati a profili di illegittimità derivata e ritualmente notificati, oltre che all'amministrazione appaltante, anche alla società controinteressata.

Con riguardo alla rilevata irricevibilità di tali motivi aggiunti, occorre svolgere le seguenti considerazioni.

Con determinazione n. 544 del 30.10.2018 il Comune di Vitulano ha approvato i verbali della commissione di gara e, dopo aver preso atto del provvedimento di esclusione della Teknimond s.r.l. (oggetto del ricorso introduttivo) per anomalia dell'offerta, ha aggiudicato l'appalto "in via provvisoria" alla seconda classificata Tecnocostruzioni s.r.l. subordinando l'aggiudicazione definitiva *"alla verifica antimafia di cui alla premessa non ancora pervenuta a questo ente, nonché alla approvazione del progetto migliorativo proposto dall'impresa da parte degli organi competenti (in sede di conferenza dei servizi)"*.

Con la citata determinazione n. 544/2018 è stata altresì disposta la pubblicazione dell'aggiudicazione all'albo pretorio on line e sul profilo del committente ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016 e, altresì, la comunicazione ai concorrenti, effettuata con nota prot. n. 5325 del 30.10.2018.

Ebbene, la scelta praticata dall'amministrazione di disporre l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, riservando quella definitiva alla verifica antimafia e all'approvazione del progetto migliorativo proposto dall'aggiudicataria, si discosta dal vigente quadro normativo delineato dal D.Lgs. n. 50/2016 che, come noto, non prevede più la dicotomia "aggiudicazione provvisoria/definitiva" ma dispone che l'individuazione dell'aggiudicatario debba essere evidenziata nella proposta di aggiudicazione alla quale seguirà poi il provvedimento di aggiudicazione vero e proprio. In altri termini, con l'entrata in vigore del nuovo codice, non vi è più l'individuazione di un aggiudicatario in via provvisoria ma la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione, previa verifica ed approvazione della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs 50/2016 (cfr. art. 32, comma 5).

Peraltro, giova anche rammentare che il bando di gara non prevedeva alcuna scissione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, stabilendo al punto 14 (rubricato “Offerte anormalmente basse”) che *“All’esito del procedimento di verifica la Stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all’esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede all’aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala”* e, ancora, che *“La proposta di aggiudicazione, previa verifica dei requisiti di cui all’art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, diverrà efficace con l’approvazione prevista dall’art. 33, comma 1, del citato d.lgs.”* (bando di gara, ultima pagina).

Ritiene quindi il Collegio che, nonostante la formulazione adottata dall’amministrazione, alla determina n. 544/2018 debba riconoscersi la natura di aggiudicazione definitiva, contenendo specifica approvazione degli atti di gara, con efficacia subordinata all’esito positivo della verifica antimafia (così come degli altri requisiti prescritti, ai sensi dell’art. 32, comma 7, del D.Lgs. n. 50/2016), oltre che all’approvazione del progetto migliorativo proposto dall’impresa da parte degli organi competenti.

Ebbene, in via generale è noto che il termine per l’impugnativa del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell’art. 120, comma 5, del c.p.a. decorre dalla ricezione da parte del concorrente della comunicazione di cui all’articolo 79 del previgente codice degli appalti (menzionato dalla norma processuale) che corrisponde nella sua parte essenziale all’art. 76 del vigente D.Lgs. n. 50/2016.

Il corollario di tale ragionamento è che dovrebbe addivenirsi alla declaratoria di irricevibilità dei motivi aggiunti, siccome notificati in data 6.12.2018, quindi oltre il termine di 30 giorni decorrenti dalla predetta comunicazione ex art. 76 (nota prot. n. 5325 del 30.10.2018 trasmessa a mezzo p.e.c. alla ricorrente in data 31.10.2018).

Tuttavia, alla predetta conclusione in rito ostano due considerazioni che, in accoglimento della espressa richiesta formulata dalla difesa di parte ricorrente con l’ultima memoria di replica, consentono di accordare il beneficio della rimessione in termini per errore scusabile ai sensi dell’art. 37 c.p.a. (secondo cui *“Il giudice può disporre, anche d’ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto”*) e, quindi, di propendere per la ritualità e tempestività dei motivi aggiunti.

In primo luogo, va tenuto conto del comportamento oggettivamente ambiguo dell’amministrazione che, come si è visto, ha erroneamente qualificato il provvedimento di aggiudicazione come “provvisoria” in contrasto sia con il vigente quadro normativo che con il bando di gara, inducendo in errore il concorrente circa la natura interinale dell’aggiudicazione medesima, anziché definitiva con conseguente onere di immediata impugnazione.

Il secondo profilo da valorizzare attiene alla comunicazione di cui all’art. 76, comma 5, lett. a) da cui, come si è visto, decorre il termine per proporre ricorso ai sensi dell’art. 120, comma 5, del c.p.a..

In base alla richiamata disposizione del Codice degli appalti pubblici, la predetta comunicazione - che deve essere inviata d’ufficio immediatamente, e comunque non oltre 5 giorni ad opera della stazione appaltante - si riferisce all’ “aggiudicazione” (non ulteriormente qualificata), da intendersi come atto

conseguente all'approvazione dell'organo competente e non alla "proposta di aggiudicazione" (di cui all'art. 33) o alla "aggiudicazione provvisoria" secondo la terminologia del codice previgente.

In altri termini, la decadenza della ricorrente dall'impugnativa per superamento del termine di rito potrebbe essere dichiarata soltanto di fronte ad una comunicazione (che nel caso in esame non è dato individuare) della stazione appaltante resa ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016 che, in termini chiari e univoci, risulti idonea a portare a conoscenza della ricorrente l'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Nel caso specifico tale idoneità deve invece essere negata dal momento che, con la nota prot. n. 5325 del 30.10.2018, la centrale di committenza ha comunicato ai partecipanti che risultava "disposta l'aggiudicazione provvisoria", non risultando quindi manifestata una definitiva e formalizzata volontà dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto alla Tecnostruzioni s.r.l..

La nota è stata quindi recepita in buona fede dall'odierna ricorrente come comunicazione di carattere interinale, ciò che lasciava intendere a un operatore di media diligenza che detto avviso potesse al più avere ad oggetto gli esiti conclusivi dei lavori della commissione ma non ancora un'aggiudicazione definitiva che, come si è sopra rilevato, presuppone necessariamente l'avvenuta approvazione dell'organo competente della "proposta di aggiudicazione" (cfr. in fattispecie analoga, T.A.R. Lazio, n. 107/2018).

Per tali ragioni, previa rimessione in termini per errore scusabile ai sensi dell'art. 37 c.p.a., va dichiarata la tempestività e ritualità dei motivi aggiunti proposti avverso la citata determina n. 544/2018.

Passando al merito, va accolta la censura articolata con ricorso introduttivo e ribadita con i motivi aggiunti che attiene al vizio di incompetenza per violazione degli artt. 31 e 97 del D.Lgs. n. 50/2016.

Valgano le considerazioni di seguito sviluppate.

La giurisprudenza formatasi nel regime antecedente al nuovo codice dei contratti pubblici in vigore dell'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006 riconosceva che spettasse al R.U.P. il compito di verifica delle offerte anomale.

Si sosteneva che, allorché si fosse aperta la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, la commissione aggiudicatrice avesse ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte. Quindi, si riteneva del tutto fisiologico che fosse il R.U.P., che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3646/2017, n. 689/2015).

Il testo dell'art. 97 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016) non contiene elementi che depongono per il passaggio delle competenze inerenti alla verifica dell'offerta anomala in capo ad un organo diverso.

La norma attuale dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016, come quella precedente dell'art. 84 del previgente codice, dispone che tale incumbente spetta alla "stazione appaltante", senza ulteriori specificazioni.

L'art. 31 del vigente Codice dei contratti pubblici, oltre a indicare alcuni specifici compiti del R.U.P., delinea la sua competenza in termini residuali precisando che *“quest’ultimo, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti”*.

Tra i compiti espressamente attribuiti alla commissione giudicatrice di cui all'art. 77 non figura la verifica dell'anomalia dell'offerta, ragione per cui deve ritenersi che, anche nel novellato quadro normativo, tale attività rientri nella competenza del R.U.P..

Giova anche aggiungere che le linee guida ANAC n. 3 del 2016 relative al R.U.P., previste dal comma 5 dell'art. 31 del nuovo Codice, prevedono che nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come quello in esame, il R.U.P. verifichi la congruità delle offerte con il supporto della commissione giudicatrice. In sostanza, per gli appalti in cui, per il criterio di selezione, la valutazione dell'offerta dal punto di vista tecnico si presenta più complessa, si prevede un ausilio da parte della commissione esaminatrice che ha già esaminato l'offerta anche nelle sue componenti tecniche, al fine di rendere un parere non vincolante in ordine al giudizio di anomalia.

Inoltre, la giurisprudenza ha più volte ritenuto che il R.U.P. è l'organo titolare della competenza a condurre il sub-procedimento di verifica e può avvalersi di esperti non appartenenti all'ente per meglio formulare il proprio giudizio tecnico sulla congruità delle offerte, purché tali soggetti si limitino a prestare attività di consulenza e di assistenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6765/2008).

Venendo alla fattispecie in trattazione, dall'esame del provvedimento di esclusione si evince che la valutazione finale in ordine all'anomalia dell'offerta della Teknimond s.r.l. è stata adottata dal Responsabile del Servizio che, nella sostanza, ha condiviso le valutazioni del professionista esterno al quale l'amministrazione aveva deciso di affidare l'esame dei profili di criticità dell'offerta. Di contro, non risulta che il R.U.P. abbia mai espresso la propria valutazione conclusiva, essendosi limitato a rilevare l'esistenza di profili di criticità dell'offerta della Teknimond nonché a richiedere all'operatore le giustificazioni di cui all'art. 97 del Codice degli appalti, chiarimenti in ordine a specifici profili e, infine, ulteriori integrazioni (note n. 3617/2018, n. 3945/2018, n. 4286/2018).

In altri termini, l'organo competente a valutare l'anomalia dell'offerta (R.U.P.), pur avendo condotto il relativo subprocedimento, non si è mai espresso conclusivamente sulla congruità dell'offerta ma il relativo giudizio è stato reso dal Responsabile del Servizio con l'ausilio di un professionista esterno, in violazione delle disposizioni di settore e del consolidato orientamento giurisprudenziale riportato.

Le considerazioni svolte conducono all'accoglimento della censura di incompetenza, con conseguente assorbimento degli ulteriori profili di illegittimità in omaggio a consolidato indirizzo pretorio secondo cui, in tale ipotesi, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 941/2017).

Lo scrutinato profilo di illegittimità conduce quindi all'accoglimento del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

La peculiare natura delle questioni esaminate e la difformità della valutazione sommaria svolta in fase cautelare rispetto alla decisione assunta all'esito dell'udienza pubblica giustificano la integrale compensazione delle spese processuali, fermo restando il diritto della società ricorrente al rimborso dei contributi unificati eventualmente versati per il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti da parte dell'amministrazione soccombente ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1 del D.P.R. n. 112/2002 (secondo cui *“L'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio”*).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti proposti dalla società Teknimond s.r.l. e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese di giudizio tra le parti costituite.

Condanna il Comune di Vitulano al rimborso dei contributi unificati eventualmente versati dalla società ricorrente in relazione al gravame introduttivo e ai motivi aggiunti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO