



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1490 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Società Cooperativa Sociale Pleiades Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Isidoro del Lungo n. 1;

contro

Comune di Siena, rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Sardelli e Sara La Valle, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, Via Ricasoli n. 40;
Biblioteca Comunale degli Intronati di Siena;

nei confronti di

Consorzio di Cooperative Sociali Co&Co di Empoli, quale impresa mandataria e capogruppo del R.T.I. costituito con la società Consorzio CO&SO Firenze, rappresentato e difeso dall'avv. Enea Baronti, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, Via

Maggio, n. 30;

Consorzio di Cooperative Sociali Co&Co Firenze, Società Cooperativa Itinera Progetti e Ricerche, Società Cooperativa Culture;

per l'annullamento

-della determinazione n. 53 del 9.9.2014 del Responsabile della Posizione Organizzativa dell'Istituzione Biblioteca Comunale degli Intronati con la quale il servizio per la gestione della Biblioteca Pubblica 2014/2017 veniva aggiudicato in via definitiva al RTI Consorzio di Cooperative sociali CO&SO Firenze;

-della determinazione n. 26 del 28.5.2014, di indizione della gara relativa all'affidamento del predetto servizio;

-dei verbali delle sedute della Commissione giudicatrice del 18.7.2014 e del 6.8.2014;

-della determinazione n. 1212 del 17.7.2014, di nomina della Commissione giudicatrice;

-della determinazione n. 1332 del 6.8.2014, con la quale si è proceduto alla sostituzione di un componente della Commissione di gara;

-del bando di gara e del capitolato d'appalto;

-degli atti connessi;

e per la declaratoria di annullamento

dell'intera procedura di gara,

e per la condanna

al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Siena e del
Consorzio di Cooperative Sociali Co&Co Empoli;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 il dott.
Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il dirigente della Direzione Affari Generali del Comune di Siena, con determinazione n. 164 del 31.1.2014, ha demandato al dottor Luciano Borghi, funzionario della posizione organizzativa denominata "Biblioteca comunale", compiti di programmazione, pianificazione, realizzazione e verifica dei servizi della Biblioteca comunale degli Intronati, la gestione del personale assegnato all'istituzione, l'assolvimento delle altre attribuzioni conferite dalla legge, dai regolamenti e dal Consiglio di Amministrazione (documento n. 8 prodotto in giudizio dalla controinteressata).

La Biblioteca comunale degli Intronati, con determina dirigenziale n. 26 del 28.5.2014 adottata dal responsabile della posizione organizzativa dottor Luciano Borghi, ha indetto la gara (a procedura aperta, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con prezzo a basa d'asta pari ad euro 270.000) per la

gestione bibliotecaria (in particolare, per i servizi di prestito, ricollocazione e restituzione dei documenti) relativamente al periodo dal 1.9.2014 al 31.8.2017 (documento n. 2 allegato al ricorso). Con la suddetta determinazione sono stati altresì approvati il capitolato d'appalto e il documento unico di valutazione dei rischi da interferenza ed è stato delegato l'Ufficio Contratti del Comune di Siena ad esperire le operazioni necessarie allo svolgimento della gara. In particolare, il capitolato indicava i requisiti di partecipazione, le modalità di aggiudicazione, i criteri di assegnazione dei punteggi, le griglie di valutazione (documento n. 1 depositato in giudizio dalla controinteressata).

E' seguita, a cura del Comune di Siena, la pubblicazione del bando di gara (sottoscritto dalla responsabile del Servizio Gare e Appalti del Comune stesso, dottoressa Chiara Ravenni – documento n. 6 allegato all'impugnativa -).

In data 18.7.2014 la Commissione di gara, nelle persone di Lorella Cateni (Presidente), Chiara Ravenni e Rosanna De Benedictis (membri esperti), ha ammesso alla selezione tutte le imprese offerenti ed ha proceduto all'analisi e valutazione delle proposte qualitative.

La stessa Commissione (in diversa composizione, essendo subentrata alla dottoressa Ravenni la dottoressa Guerrini, per effetto della determina n. 1332 del 6.8.2014) nella seduta del 6.8.2014 ha esaminato le offerte economiche ed ha dichiarato l'aggiudicazione provvisoria a favore del RTI Consorzio di Cooperative Sociali CO &

SO, con un punteggio totale di 78,738, mentre invece la ricorrente (Società Cooperativa Sociale Pleiades) si è classificata terza, con 67,200 punti (documento n. 3 allegato al gravame).

Il responsabile della posizione organizzativa, dottor Borghi, con determina n. 53 del 9.9.2014, ha quindi affidato il servizio per la gestione della biblioteca al suddetto RTI (documento n. 1).

Avverso tale provvedimento e gli atti connessi la ricorrente è insorta deducendo:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006; violazione delle norme sulla composizione della Commissione giudicatrice (l'istante deduce che la dottoressa Chiara Ravenni non avrebbe potuto predisporre le norme di gara e, al tempo stesso, far parte della commissione giudicatrice, stante il principio di separazione tra fase di predisposizione e fase valutativa delle offerte).

Si sono costituiti in giudizio la parte controinteressata ed il Comune di Siena.

Quest'ultimo, con memoria di costituzione depositata in giudizio in data 9.10.2014, ha osservato che il bando di gara predisposto dalla dottoressa Ravenni recepiva senza modifiche criteri e regole già previste nel capitolato approvato dal dottor Borghi; il raggruppamento controinteressato ha invece depositato in giudizio, in data 10.10.2014, il regolamento per la gestione della biblioteca degli Intronati (documento n. 7).

Alla luce delle deduzioni della difesa del Comune e del predetto regolamento l'istante ha proposto motivi aggiunti, depositati in giudizio il 14.10.2014, incentrati sulle seguenti censure:

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del regolamento di gestione della biblioteca e dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006; carenza di potere (il capitolato d'appalto avrebbe dovuto essere approvato, stando al suddetto regolamento, dal Consiglio di Amministrazione dell'Istituzione Biblioteca degli Intronati, e non dal funzionario); incompetenza del dottor Borghi a redigere e approvare la disciplina di gara; violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e non discriminazione dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Il Comune di Siena ha replicato con memorie difensive.

Con ordinanza n. 593 del 29.10.2014, ad esito dell'istanza cautelare, è stata fissata l'udienza del 26 novembre 2014 ai fini della trattazione di merito del ricorso.

All'udienza del 26 novembre 2014 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

E' stata eccepita l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, sull'assunto che l'accoglimento della censura su cui si incentra l'impugnativa principale e il conseguente annullamento dell'atto di nomina della Commissione giudicatrice non travolgerebbero l'intera gara, ma solo la parte della procedura selettiva viziata dalla

composizione della Commissione stessa, cosicché la ricorrente non potrebbe comunque ottenere il primo posto in graduatoria, avendo essa presentato un'offerta economica contenente un ribasso largamente inferiore a quello delle altre imprese offerenti, tale da rendere insufficiente, ai fini del sovvertimento dell'esito della gara, anche l'eventualità dell'assegnazione del massimo punteggio alla sua offerta tecnico-qualitativa.

L'eccezione non è condivisibile.

Il radicale effetto caducante degli atti dell'intera gara può configurarsi nei casi nei quali i motivi di annullamento ineriscano all'illegittima composizione della commissione di gara o alla sua inidoneità tecnica, oppure a una condotta della commissione lesiva dei doveri di imparzialità o che denoti un atteggiamento di prevenzione nei confronti di uno o più concorrenti e/o di favoreggiamento di altri, ipotesi tutte accomunate dall'immanenza del vizio all'assetto soggettivo dell'organo collegiale e/o all'elemento soggettivo (dolo o colpa grave) connotante l'operato dei suoi componenti, in quanto tali ostative alla rinnovazione della fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche innanzi alla stessa commissione di gara (Cons. Stato, VI, 8.3.2012, n. 1332; idem, 4.9.2014, n. 4514).

Pertanto, nel caso in esame rileva l'interesse della ricorrente alla riedizione dell'intera gara, con riapertura dei termini di formulazione delle offerte e nel rispetto del principio generale secondo cui fino a quando non sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche è

inderogabilmente preclusa la conoscenza delle offerte economiche (TAR Puglia, Bari, I, 2.9.2014, n. 1053).

Sotto altro profilo, va da sé che l'accoglimento dei motivi aggiunti determinerebbe la caducazione dell'intera lex specialis di gara, con conseguente totale irrilevanza dei contenuti delle offerte presentate dalla ricorrente e dal controinteressato.

Entrando nel merito della trattazione del gravame, si osserva quanto appresso.

Il ricorso introduttivo si incentra sull'illegittima composizione della Commissione di gara, in quanto un membro della stessa avrebbe predisposto le norme disciplinanti la procedura selettiva, incorrendo così nella causa di incompatibilità prevista dall'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, e si sarebbe autonomamente nominato componente esperto della commissione stessa.

La censura è infondata.

La Commissione di gara è stata costituita attenendosi all'art. 14, comma 2, del regolamento comunale dei contratti, il quale demanda al dirigente dell'Ufficio contratti la nomina dei componenti della stessa. In particolare, la dottoressa Chiara Ravenni ha adottato il provvedimento di costituzione della Commissione di gara quale dirigente responsabile dell'Ufficio comunale gare e contratti, coerentemente con il citato art. 14 comma 2, e nella scelta dei componenti ha tenuto conto sia della necessaria natura tecnico amministrativa della Commissione stessa, evidenziata dall'art. 14,

comma 3, del predetto regolamento e dall'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, sia della necessità di selezionare i commissari diversi dal presidente tra i funzionari della stazione appaltante ai sensi dell'art. 84, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006.

Inoltre, nel caso di specie la disciplina di gara è stata predisposta dalla Biblioteca comunale degli Intronati, la quale ha provveduto a redigere l'apposito capitolato speciale, contenente le caratteristiche dell'appalto ed indicante i requisiti di partecipazione richiesti, i criteri di valutazione delle offerte e di aggiudicazione e le modalità di esecuzione del contratto.

Il predetto capitolato, le cui statuizioni attengono alla disciplina dello svolgimento della gara in tutti i suoi aspetti (dalla predeterminazione dei requisiti di partecipazione alla fissazione delle griglie di attribuzione dei punteggi alle offerte), è stato approvato, con determina n. 26 datata 28.5.2014, dal responsabile di posizione organizzativa della suddetta Biblioteca (il dottor Luciano Borghi), il quale ha contestualmente delegato l'Ufficio Contratti del Comune di Siena ad esperire la gara ad evidenza pubblica (si vedano le precisazioni espresse nella citata determina n. 26 del 28.5.2014, la quale dà contezza dell'*iter* che ha condotto all'approvazione ed all'applicazione della *lex specialis* di gara, *iter* che, stando alla argomentata premessa di detta determinazione, include la redazione del capitolato speciale ad opera della Biblioteca, e non dell'Ufficio gare e contratti del Comune).

Pertanto la dottoressa Ravenni, componente della commissione giudicatrice, non è intervenuta nella scelta delle regole del procedimento di gara, mentre il bando da essa predisposto e pubblicato costituisce applicazione di quanto già approvato dalla Biblioteca: i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnica, i criteri di attribuzione dei punteggi, le griglie di valutazione, la formula algebrica di attribuzione dei punteggi, le modalità di aggiudicazione, i punteggi massimi attribuibili sono attinti dal capitolato speciale d'appalto alla cui approvazione e predisposizione è rimasta estranea la citata componente della commissione di gara, mentre i requisiti di ordine generale e di capacità a contrattare, elencati nel bando, al pari della modulistica ad esso allegata, recepiscono statuizioni legislative vincolanti (art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, ecc.) e non sono il frutto di autonome scelte discrezionali del responsabile dell'Ufficio gare e contratti.

Ne deriva che, essendo la disciplina di gara sostanzialmente ascrivibile a soggetto diverso dai componenti della commissione di gara, non è configurabile la causa di incompatibilità delineata dall'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006. Invero i valori della neutralità e dell'imparzialità dei commissari di gara, salvaguardati da detta norma, non sono pregiudicati qualora la funzione svolta da uno dei commissari in relazione all'appalto da aggiudicare sia meramente esecutiva della disciplina prefissata da un dirigente estraneo alla commissione.

Con i motivi aggiunti la ricorrente deduce l'illegittimità, per incompetenza, della determinazione con cui la Biblioteca degli Intronati ha approvato il capitolato d'oneri relativo all'appalto de quo, in quanto l'art. 14 del regolamento di gestione della Biblioteca comunale demanda al Consiglio di Amministrazione l'approvazione dei capitolati.

L'assunto non è condivisibile.

In disparte la questione della non chiara formulazione del citato art. 14 (riferito ai capitolati ed ai bandi di concorso), valgono le seguenti considerazioni.

In forza della distinzione di attribuzioni tra organi elettivi e organi burocratici dell'Ente pubblico, introdotta dall'art. 51 della legge n. 142/1990 (modificato dall'art. 6 della legge n. 127/1997) e confermata dall'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, costituente fonte di diritto prevalente rispetto alla norma regolamentare, gli atti di gestione demandati ai dirigenti includono funzioni operative tese a dare adempimento ai fini istituzionali, ovvero comprendono determinazioni, che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, volte ad applicare criteri predeterminati da atti generali di indirizzo (TAR Umbria, 11.2.1998, n. 147); pertanto, il provvedimento di attuazione degli obiettivi e programmi definiti con atti di indirizzo dell'organo di governo costituisce atto di gestione rientrante nelle competenze del dirigente, e non dell'organo elettivo.

Ai sensi dell'art. 107, comma 3 lett. b, del d.lgs. n. 267/2000,

costituiscono atti di gestione le determinazioni comportanti responsabilità in materia di procedure di appalto, compresa l'approvazione del capitolato speciale (TAR Sardegna, I, 7.7.2006, n. 1430; TAR Puglia, Lecce, III, 15.4.2009, n. 724), il quale presuppone l'atto di indirizzo politico amministrativo costituito, ad esempio, dal bilancio di previsione e dallo stanziamento corrispondente al servizio da appaltare.

Nel caso di specie rileva, a monte, quale atto di indirizzo, la deliberazione (n. 26 del 22.1.2014) con la quale la giunta comunale ha strutturato l'assetto organizzativo del Comune (incluso quello della biblioteca comunale) demandando al dirigente della Direzione Affari Generali l'affidamento, al responsabile della biblioteca comunale, di ampi compiti di programmazione e pianificazione dei servizi e delle attività, nonché l'incarico di predisporre il bilancio preventivo annuale e pluriennale.

In definitiva, la competenza del responsabile di posizione organizzativa della Biblioteca all'approvazione degli atti di gara trova fondamento negli ampi compiti programmatici demandati dal dirigente comunale della Direzione Affari Generali, per volontà della giunta comunale (si veda, al riguardo, la premessa della determina dirigenziale n. 164 del 31.1.2014 adottata da quest'ultimo, costituente il documento n. 8 depositato in giudizio dalla parte controinteressata): l'estesa discrezionalità gestionale affidata all'incaricato della posizione organizzativa "Biblioteca comunale"

trova cioè un supporto diretto nella determina dirigenziale di incarico e un supporto indiretto nella deliberazione della giunta del 22.1.2014, nel cui contesto si giustifica, ai sensi dell'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, la competenza del dottor Borghi, e non del Consiglio di Amministrazione, all'adozione del capitolato d'appalto.

In conclusione, il ricorso ed i relativi motivi aggiunti devono essere respinti.

Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, vista la particolarità delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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