

## Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

N. 659/2012 Reg. Prov. Coll. N. 960 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 960 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da L. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabrizio Lofoco e Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

contro

Comune di Lesina, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mescia, con domicilio eletto presso l'avv. Vincenzo Resta in Bari, via Piccinni, 210;

nei confronti di

C. società cooperativa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Nitti e Amerigo Penta, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Marchese di Montrone, 47;

per l'annullamento

della determinazione del Comune di Lesina n. 227 del 7 aprile 2011, recante l'aggiudicazione definitiva alla C. società cooperativa della gestione integrata del servizio di illuminazione pubblica, realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti;

dei verbali di gara n. 1 del 21 marzo 2011, n. 2 del 24 marzo 2011, n. 3 del 28 marzo 2011, n. 4 e n. 5 del 1 aprile 2011;

degli atti di gara e dei verbali, nella parte in cui non dispongono l'esclusione dalla procedura dei concorrenti C. società cooperativa e S. s.p.a.;

della delibera di Giunta comunale n. 137 del 31 maggio 2011, recante l'accertamento della grave negligenza commessa dalla società ricorrente nell'esecuzione di precedente appalto con il Comune di Lesina;

per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto nonché per la declaratoria del diritto della ricorrente al subingresso, ovvero, in subordine, per il risarcimento dei danni derivanti alla ricorrente dalla mancata aggiudicazione della gara;

## Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lesina e di C. società cooperativa;

Viste le memorie difensive ed il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Fabrizio Lofoco, Giuseppe Mescia e Domenico Lanzone (per delega di Paolo Nitti);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con bando spedito per la pubblicazione il 18 novembre 2010, il Comune di Lesina ha indetto una procedura aperta per l'affidamento venticinquennale della gestione integrata del servizio di illuminazione pubblica, della realizzazione di interventi di efficienza energetica e dell'adeguamento normativo sugli impianti, di importo complessivo pari ad euro 5.000.000,00 e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Prima classificata ed aggiudicataria è risultata la C. società cooperativa, con il punteggio complessivo di 98,41 (di cui: 60,00 p. per l'offerta tecnica e 38,41 p. per l'offerta economica); seconda classificata la S. s.p.a. con il punteggio complessivo di 72,17 (di cui: 32,17 p. per l'offerta tecnica e 40,00 p. per l'offerta economica).

La società ricorrente, terza classificata con il punteggio complessivo di 69,30 (di cui: 30,17 p. per l'offerta tecnica e 39,21 p. per l'offerta economica), impugna gli atti in epigrafe ed in particolare l'aggiudicazione dell'appalto alla C. società cooperativa, deducendo motivi così riassumibili:

- 1) violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per erronea motivazione: due dei membri della commissione di gara, la dott.ssa L. P. e l'ing. E. N., non sarebbero esperti nello specifico settore cui si riferisce l'appalto;
- 2) violazione del disciplinare di gara ed eccesso di potere per erronea motivazione (ovvero, in subordine, illegittimità del disciplinare di gara e degli allegati tecnici): le imprese classificate al primo e secondo posto, C. società cooperativa e S. s.p.a., non avrebbero considerato nelle rispettive offerte tecniche la gestione dei 40 punti luce della frazione di Ripalta, che peraltro non figurano nel progetto preliminare predisposto dal Comune di Lesina;
- 3) violazione del disciplinare di gara, violazione del principio di par condicio ed eccesso di potere per erronea motivazione: l'aggiudicataria C. società cooperativa avrebbe dovuto essere esclusa per non aver siglato alcune pagine dell'offerta tecnica, per non aver barrato una delle dichiarazioni relative al rispetto della normativa sull'assunzione dei disabili e per aver indicato il

## Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

ribasso percentuale sulla base d'asta erroneamente indicata (euro 4,785.000,00 anziché euro 4.875.000,00);

4) violazione del disciplinare di gara, violazione della segretezza delle offerte, violazione del principio di par condicio ed eccesso di potere per erronea motivazione: il plico della seconda classificata S. s.p.a. sarebbe pervenuto aperto su un lato e con un timbro di ceralacca frantumato;

5) violazione del disciplinare di gara, violazione degli artt. 41, 42 e 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per erronea motivazione: la commissione di gara avrebbe omesso di verificare il possesso, in capo alle imprese prime due classificate, dei requisiti di capacità tecnica ed economica;

6) violazione del disciplinare di gara, violazione del principio di par condicio ed eccesso di potere per erronea motivazione: la commissione avrebbe ingiustamente attribuito i punteggi relativi alle offerte tecniche.

La ricorrente chiede inoltre la caducazione del contratto d'appalto stipulato con l'aggiudicataria, ai fini del subentro, ed in subordine la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente.

Si sono costituiti il Comune di Lesina e C. società cooperativa, replicando a tutte le censure e chiedendo il rigetto del gravame.

In pendenza del giudizio, la Giunta del Comune di Lesina ha adottato la delibera n. 137 del 31 maggio 2011, con la quale dà atto che la società L. s.r.l., ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, "... ha commesso grave negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dal Comune di Lesina in ordine all'appalto per la concessione del servizio di illuminazione votiva: conseguentemente, la L. resta esclusa dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi indetti dal Comune di Lesina, né potranno esserle affidate in subappalto o, comunque, potrà stipulare i relativi contratti", con riserva di agire in giudizio per il risarcimento del danno da inadempimento.

Alla delibera della Giunta comunale è seguita l'immediata notifica del ricorso incidentale da parte della controinteressata C. società cooperativa, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso principale in quanto, ai sensi dell'art. 38, primo comma - lett. f), del Codice dei contratti pubblici, la società ricorrente non sarebbe in ogni caso legittimata a conseguire l'appalto di cui si controverte.

La predetta delibera è stata poi impugnata, mediante motivi aggiunti, dalla ricorrente principale L. s.r.l., mediante censure così rubricate:

7) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, sviamento, violazione del principio di correttezza e buona fede e del principio di buon andamento: il Comune avrebbe dichiarato il grave inadempimento della ricorrente, a distanza di oltre tre mesi dalla riconsegna degli impianti cimiteriali, al solo fine di vanificare l'impugnativa pendente in relazione all'appalto per il servizio

## Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

di illuminazione pubblica;

8) sotto altro profilo, violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, sviamento, violazione del principio di buona fede e del principio di irretroattività: l'asserita inadempienza non potrebbe in ogni caso spiegare effetti nella procedura di gara per l'affidamento del servizio di pubblica illuminazione, siccome dichiarata dopo l'ammissione alla stessa (e dopo la verifica positiva del possesso, da parte della ricorrente, dei requisiti soggettivi di partecipazione);

9) violazione degli artt. 38 e 136 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per carenza dei presupposti: le contestazioni tardivamente mosse dal Comune, in relazione all'appalto per la gestione dell'illuminazione votiva, riguarderebbero la fase delle restituzioni degli impianti e non la corretta esecuzione del servizio e, in ogni caso, il Comune avrebbe dovuto attivare la procedura di contestazione prevista dalla legge;

10) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, violazione del capitolato d'oneri e sviamento: la delibera della Giunta comunale non sarebbe stata preceduta dalla doverosa comunicazione di avvio del procedimento e dalla contestazione delle inadempienze contrattuali;

11) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria, erronea motivazione e sviamento: nel merito, i fatti addebitati alla ricorrente (mancata riconsegna di materiale tecnico e dell'elenco delle utenze, interruzione della fornitura di energia elettrica nel cimitero comunale) sarebbero infondati.

Il Comune e la controinteressata hanno replicato ai motivi aggiunti, chiedendone il rigetto.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza di questa Sezione n. 598 del 7 luglio 2011.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 22 febbraio 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

### DIRITTO

1. Prendendo le mosse dal ricorso principale, è infondato il primo motivo, con il quale si contesta la presenza nella commissione giudicatrice di due membri su tre, la dott.ssa L. P. (segretario comunale) e l'ing. E. N. (libero professionista), che sarebbero privi di specifica competenza settoriale.

In contrario, la difesa del Comune di Lesina ha dimostrato che sono stati nominati quali componenti del seggio di gara due professionisti, entrambi ingegneri, esperti nel settore cui si riferisce l'appalto (doc. 3, depositato il 6 giugno 2011).

La presenza del segretario comunale nella commissione di gara non collide, di per sé, con quanto prescritto dall'art. 84, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici, trattandosi di figura idonea a garantire la competenza giuridico-amministrativa sempre necessaria nello svolgimento di procedimenti di evidenza pubblica (cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 23

## Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

giugno 2010 n. 3967; Id., sez. V, 20 dicembre 2011 n. 6701).

Più in generale, deve ritenersi sufficiente la presenza prevalente, seppure non esclusiva, di tecnici esperti nello specifico settore che assicurino l'adeguato apprezzamento degli aspetti tecnico-qualitativi delle offerte (così, tra molte, Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008 n. 4247).

Ne discende l'infondatezza del motivo, che va respinto.

2. Con il secondo motivo, la ricorrente lamenta che C. società cooperativa e S. s.p.a. non avrebbero considerato, nelle rispettive offerte tecniche, la gestione dei punti luce della frazione di Ripalta, che peraltro risulterebbero trascurati anche nel progetto preliminare predisposto dal Comune di Lesina.

Anche per tale parte il ricorso non può essere accolto.

In primo luogo, il Comune non avrebbe potuto legittimamente escludere i concorrenti che, conformandosi a quanto previsto negli stessi allegati tecnici al capitolato di gara, avevano ommesso di considerare la copertura del servizio di illuminazione nella frazione di ...*omissis*...

. Ciò in quanto, secondo un principio invero pacifico, la *lex specialis*

di gara vincola innanzitutto la stazione appaltante alla sua puntuale applicazione, anche quando essa si riveli incongrua o incompleta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2011 n. 5282).

Sul piano sostanziale, poi, la lacuna presente nel progetto preliminare è oggettivamente trascurabile e troverà pratico rimedio nella previsione dell'art. 18 del capitolato speciale d'appalto, che obbliga l'aggiudicataria a farsi carico della gestione degli impianti di illuminazione elencati nell'allegato A e di tutti quelli che verranno successivamente consegnati dal Comune.

3. Ugualmente infondato è il terzo motivo, con cui la ricorrente contesta la mancata esclusione dell'aggiudicataria C. società cooperativa, per i seguenti errori nella formulazione dell'offerta:

- non sarebbero siglate alcune pagine dell'offerta tecnica;

- non sarebbero barrate le dichiarazioni relative al rispetto della normativa sull'assunzione dei disabili;

- il ribasso percentuale farebbe riferimento ad una base d'asta erronea (euro 4,785.000,00 anziché euro 4.875.000,00).

Quanto al primo aspetto, le parti resistenti hanno efficacemente replicato che la mancata sottoscrizione riguarda le sole copertine dei fascicoli che compongono l'offerta tecnica, cosicché non può ravvisarsi violazione del disciplinare di gara e neppure incertezza circa la provenienza e la serietà della manifestazione di volontà negoziale.

Per il resto, sia l'asserita incompletezza della dichiarazione sul rispetto della normativa a tutela

## Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

dei disabili che l'erronea indicazione dell'importo a base d'asta sono, in realtà, imputabili alla stazione appaltante. L'aggiudicataria ha infatti utilizzato i modelli "A" e "B" allegati al disciplinare di gara: il primo non conteneva alcuna casella da barrare, il secondo riportava effettivamente un corrispettivo a base d'asta errato.

Vale, in tal caso, il principio ripetutamente affermato dalla giurisprudenza e condiviso anche da questa Sezione, secondo il quale non può essere escluso il concorrente che abbia diligentemente formulato la propria offerta tecnico-economica e le dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali, conformandosi al contenuto della

*lex specialis*

di gara ed ai relativi allegati, giacché le eventuali imperfezioni rinvenibili in questi ultimi non gli possono essere addebitate (cfr., in questo senso, TAR Puglia, Bari, sez. I, 8 giugno 2011 n. 842 ed i numerosi precedenti ivi richiamati).

Ne discende l'infondatezza del motivo.

4. Va ugualmente respinto il motivo con il quale la ricorrente deduce violazione degli artt. 41, 42 e 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché la commissione di gara avrebbe omesso di verificare il possesso, in capo alle imprese prime due classificate, dei requisiti di capacità tecnica ed economica.

In contrario, è sufficiente rilevare che proprio la L. s.r.l. è stata sorteggiata per la verifica a campione del possesso dei requisiti tecnici ed economici richiesti dal bando, ai sensi dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici (cfr. il verbale di gara in data 1 aprile 2011).

Per il resto, il controllo sul possesso da parte dell'aggiudicataria dei requisiti autocertificati in sede di offerta avviene al termine della procedura di gara e prima della stipula del contratto, non essendovi alcuna disposizione che imponga tale adempimento in un momento anteriore.

5. E' viceversa inammissibile, per difetto d'interesse, il motivo di ricorso riferito alla mancata sigillatura del plico contenente l'offerta della S. s.p.a., seconda classificata.

La ricorrente, infatti, è terza in graduatoria e l'accertata infondatezza delle censure riguardanti l'ammissione dell'aggiudicataria rende irrilevante ogni questione relativa alla posizione della concorrente seconda classificata.

6. E' altresì infondato il sesto ed ultimo motivo del ricorso principale, avente ad oggetto l'attribuzione da parte della commissione di gara dei punteggi per le offerte tecniche.

Secondo un principio ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, il giudizio comparativo operato nelle gare d'appalto, caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfugge al sindacato intrinseco del giudice, se non vengono in rilievo specifiche contestazioni circa la plausibilità dei criteri valutativi o circa la loro manifesta violazione (che nella specie, ad avviso del Collegio, non è ravvisabile), non essendo ammissibile che l'impresa ricorrente vi contrapponga le proprie valutazioni di parte sulla qualità dei rispettivi progetti tecnici (così, tra molte, Cons. Stato, sez. V,

## Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

8 marzo 2011 n. 1464).

Nella fattispecie, il disciplinare di gara (pag. 6 - tabella A) ha preventivamente fissato criteri dettagliati per l'attribuzione dei sub-punteggi.

Inoltre, la commissione di gara ha espresso, per ciascun progetto tecnico, un giudizio sintetico di valutazione in ordine ai singoli sub-criteri indicati dal disciplinare, così adempiendo all'onere motivazionale che informa le procedure rette dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr., in particolare, i verbali del 24 e 28 marzo 2011 depositati dalla difesa comunale - doc. 4).

Donde l'infondatezza, anche per tale parte, del ricorso principale.

7. Passando ai motivi aggiunti, con i quali la società ricorrente impugna la delibera di Giunta comunale n. 137 del 31 maggio 2011, recante l'accertamento della grave negligenza commessa nell'esecuzione di un precedente appalto con il Comune di Lesina, il Collegio ne rileva preliminarmente l'ammissibilità:

a) sotto il profilo della giurisdizione, in quanto viene chiesto l'annullamento di un provvedimento autoritativo a contenuto dichiarativo, idoneo a precludere l'ammissione della società ricorrente non soltanto nella gara qui controversa, ma anche in successive procedure selettive indette da altre Amministrazioni, che potrebbero liberamente valutare l'episodio addebitato alla ricorrente ai sensi dell'art. 38, primo comma - lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr., in tema di giurisdizione: Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2010 n. 5029);

b) sotto il profilo della connessione soggettiva ed oggettiva, ai sensi dell'art. 43, primo comma, cod. proc. amm., in quanto la delibera di Giunta comunale sopravviene tra le stesse parti del giudizio in corso e spiega effetti diretti ed immediati sia nella gara che nella vicenda processuale all'esame del Tribunale, finanche nelle prospettazioni difensive del Comune di Lesina e della società controinteressata, che su detta delibera formulano identica eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione.

Nel merito, ha carattere assorbente ed è fondato il motivo con cui la ricorrente deduce violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

Il Comune, infatti, non ha consentito alla società di controdedurre agli addebiti relativi al precedente appalto, avente ad oggetto il servizio di illuminazione votiva, né ha giustificato il mancato esercizio del contraddittorio con ragioni d'indifferibilità ed urgenza.

Avendo presente l'indubbio contenuto lesivo della delibera che accerta la grave negligenza, ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, l'Amministrazione avrebbe dovuto porre la società nelle condizioni di giustificare le presunte inadempienze o, quanto meno, di dimostrarne la non gravità ai fini della futura partecipazione alle gare d'appalto.

La natura discrezionale della valutazione rimessa alla stazione appaltante rende, in tal caso, viepiù censurabile l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, non essendovi

## Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

spazio per l'applicazione dell'art. 21-  
*octies*  
, secondo comma, della legge n. 241 del 1990.

Assorbite le restanti censure, i motivi aggiunti sono perciò accolti ed è annullata la delibera di Giunta comunale n. 137 del 31 maggio 2011.

8. E' conseguentemente respinto il ricorso incidentale proposto da C. società cooperativa, che verte unicamente sul difetto di legittimazione della ricorrente principale per effetto della delibera comunale n. 137 del 2011.

9. Infine, sono respinte le domande della ricorrente di subingresso nell'appalto e di risarcimento per equivalente, risultando legittimo l'esito della gara e l'aggiudicazione alla prima classificata C. società cooperativa.

10. Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate, vista la reciproca soccombenza.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso principale;
- accoglie i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la delibera di Giunta comunale n. 137 del 31 maggio 2011;
- respinge la domanda di risarcimento del danno;
- respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Corrado Allegretta

L'ESTENSORE

## **Segretario comunale... può far parte della commissione di gara?**

Scritto da Carmelo Anzalone  
Giovedì 19 Aprile 2012 10:06 -

---

Savio Picone

IL REFERENDARIO

Paolo Amovilli

Depositata in Segreteria il 4 aprile 2012

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