

Publicato il 01/04/2020

N. 00221/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00657/2019 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 per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 657 del 2019, proposto da Teresa Degani, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Lattanzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Belveglio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marina Icardi e Paolo Ponzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Adriano Stradiotto in Torino, via Avigliana 13/1;

per l'annullamento

- della determinazione n. 3 adottata in data 3 maggio 2019 dal Responsabile del Servizio del Comune di Belveglio, con la quale è stato approvato il verbale relativo allo svolgimento della gara

mediante procedura aperta per l'assegnazione in locazione di unità immobiliare di proprietà comunale destinata ad attività di bar e negozio alimentari con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e sono stati aggiudicati in via definitiva, in locazione, i locali dell'unità immobiliare anzidetta,

- dell'eventuale contratto stipulato,
- degli atti tutti antecedenti (in particolare, il verbale della commissione giudicatrice n. 1 del 19 aprile 2019, relativo alla seduta nella quale sono state aperte le buste, valutate le offerte tecniche, le offerte economiche e proclamata l'aggiudicazione provvisoria e la determina n. 2 del 19 aprile 2019, allo stato non nota, con la quale è stata nominata la commissione giudicatrice), preordinati, consequenziali e comunque connessi del procedimento; e per ogni ulteriore consequenziale statuizione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2020 la dott.ssa Valentina Caccamo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente stipulava, in data 23 agosto 2007, in qualità di legale rappresentante della società Marte di Severino Pier Mario & C. s.n.c. – cui poi è succeduta la ditta individuale Degani – un contratto di locazione con il Comune di Belveglio avente ad oggetto un'unità immobiliare di proprietà del predetto ente destinata a bar e negozio di alimentari, della durata di anni sei tacitamente rinnovabili, salva

disdetta da parte del Comune da comunicarsi almeno 12 mesi prima della scadenza.

2. Con nota prot. n. 624 del 4.06.2018, a firma del Sindaco del Comune di Belveglio, nel rispetto delle pattuizioni negoziali sottoscritte tra le parti, veniva comunicata alla ricorrente la disdetta del succitato contratto di locazione con effetto dal 23.08.2019.

3. Successivamente, con deliberazione di Giunta comunale n. 15 del 1.03.2019 il Comune di Belveglio approvava il bando di gara per l'affidamento in locazione dei predetti locali comunali destinati a bar e negozio di alimentari, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nominata la Commissione giudicatrice, nella seduta del 19 aprile 2019 venivano aperte le buste pervenute dai concorrenti, valutate le offerte dei partecipanti e proclamato l'aggiudicatario, senza che l'odierna ricorrente risultasse tra i partecipanti alla procedura. Il verbale di gara era approvato giusta determina n. 3 del 3.5.2019, con la quale si procedeva, altresì, all'aggiudicazione in locazione dei locali in parola a favore del concorrente primo graduato. Successivamente, stante la rinuncia dell'aggiudicatario, con determina n.4 del 31.5.2019 del Responsabile del servizio, la gara veniva aggiudicata alla ditta seconda classificata e, quindi, in data 14.06.2019 si procedeva alla stipula del contratto.

4. Con ricorso notificato il 27.06.2019 e depositato il 9.07.2019, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti in epigrafe con due ordini di censure, che possono sintetizzarsi come segue:

a) violazione di legge in relazione all'art. 107 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267; carenza e/o insufficienza di istruttoria e di motivazione. Incompetenza. Illegittimità derivata, in quanto la nota

di disdetta del contratto di locazione, trasmessa in data 4.06.2018, sarebbe stata sottoscritta dal Sindaco e non dal Responsabile del Servizio;

b) violazione di legge in relazione agli artt. 4 e 77 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ed ai principi di autonomia ed indipendenza dei componenti della commissione giudicatrice; eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erronea valutazione dei presupposti; carenza e/o insufficienza di istruttoria e di motivazione; contraddittorietà, illogicità, sviamento, essendo la nomina della Commissione giudicatrice illegittima sia per l'assenza di commissari esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto, sia perché il Presidente della Commissione, segretario comunale dell'Ente, avrebbe partecipato all'approvazione del Bando di gara e al verbale di svolgimento delle relative operazioni.

Si è costituito in giudizio il Comune di Belveglio per resistere al gravame, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per violazione di legge in relazione agli artt. 27 e 41 del D. Lvo n.104/2010 e per violazione dell'art. 40 del D.Lvo 104/2010, stante il difetto di notifica al controinteressato aggiudicatario della procedura e la mancata impugnazione della determina n.4 del 31.5.2019 con cui la gara, data la rinuncia della prima graduata, è stata definitivamente aggiudicata alla ditta seconda classificata, nonché l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse della ricorrente, non avendo quest'ultima partecipato alla procedura. Nel merito, l'amministrazione resistente ha controdedotto che la comunicazione di disdetta del contratto *de quo* sarebbe già oggetto di apposito ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e, comunque, la sua sottoscrizione da parte del Sindaco risulterebbe

legittima trattandosi di atto negoziale privatistico e non di un provvedimento amministrativo. Con riferimento alle ulteriori censure, l'amministrazione resistente ha sottolineato la piena competenza della commissione giudicatrice a fronte di un bando relativo alla locazione di un immobile e non alla materia della ristorazione o del commercio, nonché l'irrilevanza della circostanza che il Presidente avesse sottoscritto gli atti di gara.

5. Con nota del 31.01.2020, la ricorrente ha dichiarato essere venuto meno l'interesse alla decisione del ricorso, chiedendo la pronuncia delle declaratorie consequenziali.

Il Comune di Belveglio ha depositato memoria difensiva in data 11.02.2020, contestando la sussistenza dei presupposti per la declaratoria di improcedibilità del ricorso e insistendo, in ogni caso, per la liquidazione delle spese di giudizio.

Alla successiva udienza pubblica del 4 marzo 2020, la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. Alla luce dell'istanza presentata in data 31.01.2020 da parte ricorrente, il ricorso deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

7. Peraltro, ai fini della liquidazione delle spese di lite, il Collegio deve valutare i profili di eventuale soccombenza virtuale e, a tal fine, deve deliberare nel merito i motivi di ricorso dedotti dalla ricorrente e le difese dell'amministrazione resistente.

8. Preliminarmente, devono essere esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate, sotto plurimi profili, dal Comune di Belveglio.

Le eccezioni di parte resistente sono fondate per le ragioni appresso indicate.

Difetta, innanzitutto, l'interesse della ricorrente alla proposizione della presente impugnativa, in quanto la stessa, pur contestando lo svolgimento della gara, non vi ha preso parte e non ha presentato offerta, assumendo, quindi, la posizione di soggetto terzo del tutto estraneo alla procedura di aggiudicazione e ai suoi esiti.

Per giurisprudenza pacifica, *“salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva”* (cfr. Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4). Infatti, *“in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento”* (cfr. Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9).

Tali principi, enunciati con riguardo alle gare d'appalto, valgono per tutte le procedure concorsuali finalizzate alla stipula di contratti pubblici.

Poiché nel caso in esame non risultano dedotte circostanze impeditive della partecipazione alla gara o tali da integrare alcuna delle ipotesi che giustificerebbe la possibilità per un operatore economico estraneo alla procedura di censurarne le regole, ne deriva che la ricorrente ha liberamente scelto di non prendere parte alla competizione, con ogni necessaria conseguenza sotto il profilo della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso e alla decisione.

Va inoltre evidenziato come, nella fattispecie, neppure risultano impugnati il Bando di gara e la determina n.4 del 31.5.2019 con cui è

stata disposta, a seguito di rinuncia della ditta prima graduata, l'aggiudicazione definitiva a favore della seconda classificata, per cui, anche sotto questo profilo, nessun interesse e nessuna utilità la ricorrente riceverebbe dall'annullamento degli atti gravati, né potrebbe aspirare ad ottenere essa stessa l'aggiudicazione in difetto di partecipazione alla gara. Per le medesime ragioni, risultando la ricorrente estranea alla procedura di affidamento, non sono sorretti da alcun interesse i motivi di censura volti a contestare la composizione della commissione giudicatrice.

Va rilevato, infine, che il ricorso proposto sarebbe parimenti inammissibile per difetto di notifica all'aggiudicatario – quantomeno a quello espressamente individuato nel provvedimento di aggiudicazione impugnato (determina n. 3 del 3.5.2019) – che costituisce pacificamente controinteressato necessario ai sensi dell'art. 41 c.p.a.

Per completezza, il Collegio rileva che il ricorso sarebbe stato, comunque, anche infondato nel merito.

Quanto all'asserita illegittimità derivata della gara, discendente dalla circostanza che la nota di disdetta del contratto di locazione sia stata sottoscritta dal Sindaco e non dal Dirigente o dal Responsabile del servizio, occorre evidenziare – a prescindere da ogni altra valutazione e dalla presenza di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso tale atto – che il recesso dal contratto esercitato dall'amministrazione non ha natura provvedimentoale e non rientra nelle funzioni di gestione amministrativa riferite alla dirigenza pubblica, ma costituisce espressione delle facoltà negoziali demandate alle parti nell'ambito di una vicenda propriamente privatistica attinente alla fase di esecuzione del contratto, per cui la

stessa legittimamente è stata sottoscritta dal Sindaco quale legale rappresentante dell'Ente.

Con riferimento ai lamentati vizi relativi alla composizione e indipendenza della commissione giudicatrice, deve osservarsi come il Bando di gara sia relativo alla locazione di un immobile in proprietà comunale e non all'attività di vendita o somministrazione di alimenti e bevande in quanto tale, che è svolta dal privato conduttore come servizio al pubblico e nell'interesse della collettività. Del resto, gli stessi criteri di attribuzione dei punteggi previsti nel Bando confermano tale conclusione, attenendo essi alla pulizia dell'immobile e alla quantità di servizi offerti al pubblico nella sede locata, non alle modalità di esercizio delle attività ivi svolte. Né è stato provato che l'asserita carenza di professionalità si sia tradotta in vizi di valutazione delle offerte o degli esiti della gara o del presunto e indimostrato vizio di imparzialità. Ne consegue che la Commissione giudicatrice risulta competente rispetto all'oggetto della procedura e, pertanto, legittimamente nominata.

Quanto alla circostanza che il segretario comunale, Presidente di Commissione, abbia partecipato alla predisposizione degli atti di gara, l'art. 107 del d. lgs. n. 267 del 2000 attribuisce ai dirigenti *“tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente [...] la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso”*. Pertanto, *“è del tutto evidente che la responsabilità della procedura di gara è affiancata dallo stesso legislatore a quella della presidenza delle commissioni nell'ambito dello stesso assetto di competenze di natura gestionale, sicché può agevolmente affermarsi che la sottoscrizione degli atti*

indittivi della procedura, poiché costituenti provvedimenti tipici della prima delle due indicate competenze (la quale ben può assorbire quella di responsabile del procedimento ai sensi della regola generale ex art. 5, comma 2, l. n. 241 del 1990), guardata autonomamente ed in linea di principio (ed al netto di specifiche situazioni particolari ove censurate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità del presidente della commissione (o altro componente) che sia anche RUP” (T.A.R. Emilia Romagna, Sez. II, 25.01.2018, n.87).

Tali considerazioni possono estendersi anche al segretario comunale, come confermato dalle norme dell’ordinamento degli enti locali che disciplinano le principali attribuzioni riservate o comunque conferibili a tale figura, in particolare l’art. 97, comma 4, lett. d) del T.U.E.L secondo cui, oltre alle funzioni tipiche, il segretario “*esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia*” (art. 97, comma 4, lettera d), del T.U.E.L). Tra queste rientra, in base all’art. 109, comma 2, del T.U.E.L. la possibilità di essere nominato responsabile degli uffici e dei servizi, quindi di assumere le funzioni di cui all’art. 107, commi 2 e 3, del TUEL, tra le quali rientrano la presidenza delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso e la stipulazione dei contratti (cfr. TAR Sardegna, Sez. I, 8.02.2018, n. 95/2018).

Il quadro sopra delineato trova, inoltre, ulteriore avallo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha elaborato in materia i seguenti principi:

“- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un’attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull’appalto di che trattasi

(cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21.7.2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012);

- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);

- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi “non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario” (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255 e 23.3.2015, n. 1565);

- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255);

- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);

- in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario - componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32)” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26.10.2018, n. 6082).

Alla luce delle coordinate ermeneutiche delineate dalla giurisprudenza, pertanto, non solo la circostanza che il segretario comunale abbia sottoscritto la documentazione di gara, pur essendo membro della commissione giudicatrice, risulta inidonea a inficiare la validità e regolarità della nomina della commissione medesima, ma neppure appare assolto l'onere probatorio gravante sulla ricorrente rispetto alla lamentata incompatibilità di detto soggetto o mancata imparzialità della Commissione, difettando in giudizio qualsivoglia elemento di prova che il segretario comunale abbia provveduto alla predisposizione degli atti di gara così che il loro contenuto sia univocamente ascrivibile alle sue valutazioni, in modo da influire sul giudizio di merito relativo alla procedura in questione.

In definitiva, alla luce di tutte le considerazioni di cui sopra, il ricorso va dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, mentre le spese di lite vanno poste a carico della parte ricorrente, secondo il principio di soccombenza virtuale, nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, dichiara improcedibile il ricorso in epigrafe per sopravvenuto difetto di interesse.

Condanna la parte ricorrente a rifondere al Comune di Belvegno le spese di lite, che liquida in euro 3.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2020 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Valentina Caccamo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Caccamo

IL PRESIDENTE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO