

Pubblicato il 01/08/2022

N. 05181/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00761/2022 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 Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 761 del 2022, proposto da
New Food Società Cooperativa - Cooperativa Arl, 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;

contro

Comune di Cesa, Asmel Consortile Scarl, non costituiti in giudizio;

nei confronti

La Mediterranea Soc Coop, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Pellegrino, Antonella
Dell'Aversano Orabona, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

a) del provvedimento prot. n. 1334733 del 18.1.2022 con cui il Comune di
Cesa, supportato dall'Asmel, ha escluso la ricorrente;

- b) di tutti i verbali di gara, con particolare riguardo per i verbali nn.1, 2, 3, 4 e 5 nella parte in cui non è stata disposta l'ammissione della ricorrente ed è stata individuata la controinteressata come aggiudicataria "provvisoria";
 - c) della comunicazione dell'11.1.2022 con cui è stato attivato il procedimento di soccorso istruttorio nei confronti della ricorrente;
 - d) ove e per quanto lesiva, della lex specialis nella parte in cui ha circoscritto i mezzi per provare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria alla sola dichiarazione bancaria;
 - e) ove e per quanto lesivi, di tutti gli ulteriori atti presupposti, connessi e consequenziali, anche non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti;
- nonché per il subentro nel contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicataria, con espressa riserva di incardinare un giudizio per il risarcimento del danno ex art. 30, comma 5, cpa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio de "La Mediterranea Soc Coop";

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2022 il dott. Luca Cestaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

1.1. La parte ricorrente, New food società cooperativa, impugna il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica presso il Comune di Cesa per il periodo 2022/2025 (CIG: 897851267D; base d'asta 282.334,36 euro).

Il provvedimento, adottato dalla commissione di gara, è stato motivato sulla base della mancanza di un'idonea referenza bancaria redatta da Istituto di credito "*come da art. 12 lett. f del disciplinare di gara*".

1.2. La parte muove al provvedimento diverse censure di eccesso di potere e di violazione di legge e, in particolare, la censura di "*violazione e falsa*

applicazione di legge (art. 31 d.lgs. 50/2016) - incompetenza della Commissione di gara a disporre l'esclusione della New Food” in quanto l'esclusione sarebbe stata disposta, illegittimamente, dalla commissione di gara e non dal RUP che aveva la relativa competenza.

1.3. Giova precisare che la Stazione Appaltante è sembrata sul punto di rimeditare la propria scelta escludente in quanto, con nota del 24.2.2022, depositata il 7.3.2022 da parte della controinteressata, il RUP, alla luce di un qualificato parere legale, ha chiesto alla commissione di riesaminare la questione relativa all'esclusione della ricorrente. Con mail PEC del 9.3.2021 è stata convocata una seduta della commissione per la “riammissione” della ricorrente (v. documentazione depositata dalla controinteressata in data 9.3.2022).

Il Collegio, in sede cautelare, per due volte (ordinanze n. 429/2022 e 877/2022), confermava l'ammissione in via interinale della parte ricorrente nell'attesa delle nuove determinazioni della Stazione Appaltante che, tuttavia, non erano mai adottate.

La parte ricorrente insisteva, quindi, per la decisione della causa ed essa passava in decisione all'udienza del 6.7.2022.

2. In apice, va ribadito che la censura di incompetenza assume un rilievo assorbente come condivisibilmente affermato dalla fondamentale Sentenza n. 5/2015 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Occorre, quindi, soffermarsi su di essa precisando che l'accoglimento di tale censura implica una nuova valutazione dell'Autorità competente senza che il T.A.R. possa pronunciarsi nel merito delle altre censure onde evitare di violare il divieto di cui all'art. 34 co. 2 c.p.a. (*“in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*).

In tal senso, valga il richiamo alla menzionata Sentenza dell'Adunanza plenaria del C.d.S. secondo cui “in tutte le situazioni di incompetenza ... 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*'.

3. Il provvedimento di esclusione, versato in atti, è stato adottato dalla commissione di gara e non dal RUP.

Orbene, la giurisprudenza ha chiarito che la competenza a disporre l'esclusione è del RUP e non della commissione di gara. L'art. 80 co. 5 del codice dei contratti (d.lgs. 50/2016), infatti, prevede che sia la stazione appaltante a determinare le esclusioni e questo va inteso nel senso che la competenza spetti al RUP e non all'organo straordinario della commissione che ha compiti di ausilio e di supporto del RUP medesimo (Consiglio di Stato sez. V, 07/10/2021, n.6706; Consiglio di Stato sez. VI, 08/11/2021, n.7419).

4. Con maggiore impegno esplicativo, va rilevato che l'art. 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Commissione giudicatrice") statuisce: *"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"*.

Tale disposizione definisce i limiti della competenza della commissione che si deve limitare a svolgere un'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.

“È, dunque, preclusa alla commissione giudicatrice ogni altra attività che non sia di giudizio in senso stretto, compresa, in particolare, la verifica della regolarità delle offerte e della relativa documentazione; la quale, ove sia stata in concreto svolta (normalmente, su incarico dell'amministrazione, ma anche in mancanza di specifico incarico), deve essere poi verificata e fatta propria della stazione appaltante” (Consiglio di Stato sez. V, 12/02/2020, n.1104).

Il provvedimento di esclusione dalla procedura trova la propria regolamentazione nell'art. 80 ("Motivi di esclusione") d.lgs. n. 50 cit. che, in

più occasioni (e, precisamente, ai commi 5, 6, 8, 10 - bis) individua nella "stazione appaltante" e, quindi, nel RUP - che ha la competenza generale a svolgere “*tutti i compiti*” non attribuiti “*specificatamente*” ad altri organi o soggetti (art. 31 co. 3 dl.gs. 50/2016) - il soggetto tenuto ad adottare il provvedimento di esclusione dell'operatore economico.

5. Il provvedimento di esclusione va, quindi, annullato per essere la competenza del RUP – che dovrà rideterminarsi in merito – e non della commissione di gara.

Le spese di lite seguono la soccombenza come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

-) lo accoglie con riferimento al vizio di incompetenza;
-) annulla il provvedimento di esclusione impugnato indicando nel RUP l'organo competente ad adottare le relative determinazioni;
-) condanna la Stazione appaltante al pagamento delle spese di lite che si liquidano in €. 3.000,00 (tremila);
-) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Tomassetti, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Luca Cestaro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Cestaro

IL PRESIDENTE
Alessandro Tomassetti

IL SEGRETARIO