

N. 00396/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00207/2014 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 la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 207 del 2014, proposto da:
Societa' Kibernetes S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pasquale Simari e Marco Triveri, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Reggio Calabria, viale Amendola, 8/B;

contro

Comune di Monasterace, rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Scarfo', con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Battaglia in Reggio Calabria, via Statale 18, N. 321 Catona;

nei confronti di

Golem Med S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Parrello, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanna Morello in Reggio Calabria, via Montevergine, 7;

per l'annullamento

1) del menzionato avviso pubblico esplorativo e relativo disciplinare

di gara, in particolare:

- pag. 1, art. 2 (“Procedura”), limitatamente alla parte in cui prevede che “l’avviso non costituisce avvio di procedura di gara pubblica né proposta contrattuale”... e che “il Comune procederà tramite affidamento diretto al soggetto che sarà a suo insindacabile giudizio ritenuto idoneo”;
 - pag. 3, art. 6, ("importo a base della fornitura") nella parte in cui si indica quale valore stimato per l'esecuzione del servizio, al netto dell'iva, l'importo di □€. 15.000,00 anzichè □ €. 45.000,00 (pari al corrispettivo previsto per l'intera durata del contratto);
 - pag. 3, art. 7 (“procedure e criteri di aggiudicazione), limitatamente alla parte in cui prevede che “l’Operatore con cui convenzionarsi sarà individuato, ad insindacabile giudizio dell’Amministrazione comunale”;
 - nonché, relativamente all’attribuzione del punteggio inerente la qualità del servizio, nella parte in cui non prevede sottocriteri per l’attribuzione dello stesso;
- 2) del Verbale di selezione del 13 febbraio 2014 (ottenuto in seguito ad istanza di accesso agli atti):
- nella parte in cui non dà atto dell’apertura dei plichi in assenza dell’invito a presenziare rivolto alle società partecipanti;
 - nella parte in cui non dà esplicita contezza delle società ammesse alla procedura e di quelle escluse dalla stessa;
 - nella parte in cui non esclude dalla Procedura la Società Golem Med in quanto sprovvista dei requisiti di partecipazione di cui alla pag. 2,

art. 5, punto 3 della lex specialis ed esercitante attività diversa da quella oggetto di gara;

- nella parte in cui, esaminate le offerte tecniche ed economiche, non si provvede ad allegarle al verbale e non le si richiama in maniera analitica;

- nella parte in cui non puntualizza i criteri di aggiudicazione;

- nella parte in cui dichiara che l'offerta che soddisfa maggiormente le esigenze dell'Ente risulta essere quella della ditta Golem Med S.r.l. da Palmi (RC);

- nella parte in cui affida alla ditta Golem Med il servizio di fornitura avviamento ed assistenza del sistema informatico di gestione dei servizi finanziari, demografici, tecnici ed amministrativi per il triennio 2014/2016;

3) della Determinazione del Responsabile dei Servizi Amministrativi n.13 del 17 febbraio 2014 di approvazione verbale di gara ed affidamento servizio alla Golem Med S.r.l. da Palmi (RC), pubblicata sul sito istituzionale dell'Ente in data 18 febbraio 2014, mai comunicata alla Società Kibernetes;

4) delle schede riassuntive del punteggio assegnato all'offerta art. 7 dell'avviso pubblico esplorativo di cui alla determinazione N. 123 del 05.12.2013 (ottenute in seguito ad accesso agli atti);

5) di ogni altro atto connesso, collegato, presupposto e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto;

6) del contratto relativo al servizio oggetto della manifestazione di interesse ove, nelle more, stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monasterace e della Golem Med S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2014 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società Kibernetes srl ha impugnato tutti gli atti indicati in epigrafe lamentandone l'illegittimità per i motivi articolati in ricorso e chiedendone l'annullamento previa concessione della tutela cautelare.

In particolare la società ricorrente ha dedotto i seguenti vizi che inficerebbero gli atti relativi alla selezione de qua indetta dal Comune di Monasterace:

a) - violazione e falsa applicazione degli artt. 125 – 79 – 29 del D. lgs. 163/2006 – b) violazione dell'art. 10 del regolamento comunale dei lavori, delle forniture e dei servizi in economia – c) eccesso di potere – sviamento – contraddittorietà – difetto di motivazione.

L'istante, in buona sostanza, lamenta: - l'illegittimità dell'affidamento diretto del servizio in rilievo, che il Comune resistente avrebbe operato in favore della controinteressata Golem Med srl senza che sussistessero presupposti di legge, sottostimando il valore del

contratto ed in spregio delle regole procedurali di cui al regolamento comunale; - in ogni caso l'illegittimità dell'affidamento per violazione delle norme e dei principi che governano la materia degli affidamenti in economia e del cottimo fiduciario, come emergenti dalla normativa richiamata in ricorso; - la illegittimità comunque della scelta della parte contraente, in quanto avvenuta in violazione degli stessi criteri individuati dallo stesso ente nell'avviso esplorativo e nel regolamento comunale – il difetto assoluto di congrua motivazione, essendo gli atti gravati supportati solo da una giustificazione ellittica ed apparente.

Si è costituito sia il Comune di Monasterace sia la soc. Golem Med srl, contestando tutto quanto dedotto nell'atto introduttivo e chiedendo la reiezione del gravame.

All'udienza del 16.4.2014 parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare e la causa è stata direttamente rinviata all'udienza del 16.7.2014 per la trattazione del merito.

A tale ultima udienza la causa è stata trattenuta in decisione, previo deposito di memoria illustrativa a cura di parte ricorrente e discussione.

Il ricorso è manifestamente fondato e merita di essere accolto.

1. In via preliminare rileva il Collegio che il valore del contratto *de quo* risulta effettivamente pari ad €. 45.000,00 al netto dell'IVA. E' noto infatti che per calcolare il valore di un contratto pubblico ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 163/2006 deve tenersi conto dell'importo totale pagabile e dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma

di opzione o rinnovo del contratto. Nel caso di specie l'ente (art. 4 dell'avviso esplorativo in atti), dopo aver individuato una durata annuale del rapporto negoziale, per un valore pari ad €. 15.000,00, ha poi prescritto che gli offerenti dovessero vincolare la loro offerta anche per il successivo triennio, riservandosi l'ente la facoltà discrezionale di prorogare il contratto per tale ulteriore durata. In buona sostanza, riguardando la fattispecie alla luce dei principi civilistici, l'ente ha imposto ai concorrenti di avanzare una proposta irrevocabile, riservando a sé un diritto potestativo di accettazione e di conseguenza assicurandosi il diritto discrezionale di prolungare il servizio. Ma se così è, appare evidente al Collegio che, ai fini del calcolo del valore complessivo ed effettivo del contratto, non possa che considerarsi l'intera durata potenziale del rapporto, come prolungabile *ad nutum* a seguito dell'esercizio del potere formativo da parte dell'ente. Altrimenti ragionando, per il tramite della previsione di opzioni ovvero di proposte irrevocabili unilaterali che incidono sulla prorogabilità e/o rinnovabilità del rapporto (fenomeni strutturalmente differenti ma funzionalmente equivalenti), sarebbe ben agevole frazionare il valore del contratto in maniera surrettizia, in spregio al principio generale.

Ne consegue che non poteva darsi luogo ad alcun affidamento diretto del servizio, trattandosi di contratto superiore alle soglie prevista dall'art. 125 d.lgs 163/2006.

2 - Ma anche laddove, come sembra sostenere parte controinteressata, l'affidamento de quo sia di fatto qualificabile come cottimo fiduciario,

il Comune risulta aver violato le prescrizioni e i principi generali valevoli, per ormai consolidata giurisprudenza, anche in riferimento a tale modalità di affidamento.

Sono invero ritenuti espressione di principi generali e, come tali, applicabili anche al cottimo fiduciario sia gli obblighi attinenti alla pubblicità delle sedute di gara (v. Cons. St. sez. V n. 5454/2011; TAR Toscana Firenze sez. II n. n.2025/2010), sia quelli relativi alla valutazione dell'offerta tecnica prima di quella economica (v. TAR Toscana Firenze sez. II n. 1385/2010); adempimenti questi che non risultano esser stati posti in essere dall'ente resistente, il quale viceversa ha operato l'apertura dei plichi in seduta riservata ed ha esaminato contestualmente l'offerta tecnica assieme a quella economica.

Si aggiunga che la stessa scelta finale della società Golem Med srl è stata motivata in maniera del tutto insufficiente, senza operare alcun riferimento alla esperienza pregressa dell' offerente ed alle sue capacità tecniche, mediante una giustificazione meramente tautologica secondo cui l'offerta è quella *“che soddisfa maggiormente le esigenze dell'ente”* (così il verbale del 13.2.2014 in atti sub 2) del fascicolo di parte ricorrente).

3 - Né l'ente resistente risulta aver, in alcun modo, applicato i criteri previsti dal Regolamento comunale (art. 10 regolamento in atti) per l'affidamento dei lavori, forniture e servizi in economia, il cui valore sia compreso tra 20.000,00 e 60.000,00 Euro, come pure contestato nel ricorso introduttivo.

Fondata è infine la doglianza con cui l'istante lamenta la totale carenza dei requisiti di capacità professionale in capo all'affidataria del servizio, come richiesti dalla stessa *lex specialis* (punto 5 dell'avviso di gara). E' un fatto incontestabile (emergendo testualmente dalla lettura dalla visura in atti relativa alla società affidataria) che la società Golem Med srl abbia cominciato ad esercitare la propria attività solo in data 22.1.2013, per altro in un ambito non propriamente coincidente con quello oggetto del servizio di cui è causa (attività informatiche per la gestione dei servizi demografici, finanziari e tecnici del Comune) . Mentre l'avviso imponeva di dimostrare l'esperienza pregressa in servizi analoghi nell'ultimo triennio 2010-2012 (punto 5 comma 3).

Da quanto esposto deriva la palmare fondatezza di tutti i motivi di ricorso, l'illegittimità degli atti relativi alla procedura di selezione finalizzata alla scelta della Golem Med srl nonché l'invalidità derivata del susseguente affidamento in favore della società stessa.

Laddove nelle more sia stato stipulato il relativo contratto, il ricorrente potrà giovare dell'effetto conformativo della presente decisione e chiedere in ottemperanza i dovuti provvedimenti.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli impugnati.

Condanna il Comune di Monasterace a rifondere le spese di lite in favore del ricorrente, che si liquidano in complessivi €. 1.500,00 oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Filippo Maria Tropiano, Referendario, Estensore

Francesca Romano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/07/2014

IL SEGRETARIO

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