

Pubblicato il 12/02/2018

N. 00846/2018REG.PROV.COLL.
N. 08009/2017 REG.RIC.
N. 06290/2017 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8009 del 2017, proposto da:

Comune di Cosenza, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Agostino Rosselli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Tonino Presta, in Roma, via della Giuliana 32;

contro

Piano B, in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Achille Morcavallo, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Arno 6;

nei confronti di

Raku Associazione di promozione sociale, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 6290 del 2017, proposto da:

Comune di Cosenza, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Agostino Rosselli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Tonino Presta, in Roma, via della Giuliana 32;

contro

Piano B, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Achille Morcavallo, domiciliato ex art. 25 cod. proc. amm. presso la segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Raku Associazione di promozione sociale, non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 6290 del 2017:

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE I, n. 1153/2017, resa tra le parti, concernente la procedura negoziata per l'affidamento in appalto dei servizi di gestione delle attività organizzative e logistiche del progetto BoCS Art 2017

quanto al ricorso n. 8009 del 2017:

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE I, n. 1632/2017, concernente i provvedimenti di revoca della procedura negoziata e di affidamento diretto del medesimo servizio

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto gli atti di costituzione in giudizio della Piano B;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Rosselli e Morcavallo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Calabria – sede di Catanzaro la Piano B impugnava gli atti della procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento dei servizi di gestione delle attività

organizzative e logistiche del Progetto “BoCS Art 2017 – Residenze artistiche internazionali”, indetta dal Comune di Cosenza, nella quale all’esito della selezione mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base d’asta di € 35.000,00 si era collocata immediatamente dietro l’aggiudicataria Raku Associazione di promozione sociale (aggiudicazione disposta con determinazione 4 maggio 2017, n. 904).

2. L’adito Tribunale amministrativo accoglieva il ricorso con sentenza 20 luglio 2017, n. 1153, indicata in epigrafe.

Dopo avere accertato l’invalidità della costituzione in giudizio del Comune di Cosenza, perché avvenuta con memoria informatica priva di sottoscrizione digitale, il giudice di primo grado reputava fondata ed assorbente la censura di illegittima composizione della commissione giudicatrice, perché quale membro di essa era stato nominato il responsabile unico del procedimento, e dunque per violazione dell’art. 77, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, «*nel testo applicabile ratione temporis*» (e cioè prima delle modifiche introdotte dal correttivo di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56).

3. Dopo la sentenza di annullamento il Comune di Cosenza dapprima revocava ex art. 21-*quinqüies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, l’intera procedura di gara (determinazione n. 1707 del 17 agosto 2017), e quindi disponeva l’affidamento diretto all’associazione Raku del servizio per il periodo da settembre 2017 a febbraio 2018 (determinazione n. 2012 del 26 settembre 2017).

4. Anche questi atti venivano annullati dal Tribunale amministrativo regionale della Calabria – sede di Catanzaro con la sentenza, parimenti indicata in epigrafe, 31 ottobre 2017, n. 1632, resa su un successivo ricorso della Piano B.

5. Il Comune di Cosenza ha proposto appello contro entrambe le sentenze.

6. Per resistere ad entrambi gli appelli si è costituita l’originaria ricorrente Piano B.

DIRITTO

1. Ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, consistenti nel fatto che le due sentenze vertono su un'unitaria vicenda amministrativa e sono stati resi in giudizi svolti tra le medesime parti, giustifica la riunione ex art. 70 cod. proc. amm. dei due appelli del Comune di Cosenza.

2. Con riguardo alla prima pronuncia l'amministrazione premette di avere un interesse limitato alla condanna alle spese, in considerazione della successiva revoca della procedura negoziata, e censura tanto il mancato esame delle proprie difese, sul presupposto – a suo dire erroneo – che la memoria costitutiva non era sottoscritta digitalmente, quanto l'accoglimento nel merito del ricorso della Piano B.

3. In relazione alla seconda sentenza di annullamento il Comune di Cosenza contesta che non ricorressero i presupposti per la revoca dell'originaria procedura di affidamento e che il servizio non potesse essere affidato in via diretta alla controinteressata associazione Raku.

4. Ciò premesso, malgrado quanto dichiarato, deve ritenersi che il primo appello sia sorretto da un interesse alla riforma della pronuncia del Tribunale amministrativo di Catanzaro di annullamento della procedura negoziata originariamente indetta (altrimenti dovendo dubitarsi dell'ammissibilità dell'impugnazione). Tanto si evince dal fatto che l'amministrazione appellante domanda addirittura l'annullamento con rinvio ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm. di tale pronuncia, a causa della pretesa violazione del diritto di difesa che si sarebbe consumata con il mancato esame delle proprie difese da parte del giudice di primo grado. L'interesse in questione è poi ravvisabile nel fatto che anche gli atti successivamente adottati sono stati annullati dal medesimo Tribunale amministrativo, con l'altra sentenza oggetto del presente giudizio.

5. Venendo allora ad esaminare la questione della rituale costituzione nel giudizio di primo grado del Comune di Cosenza – questione che attiene alle modalità di funzionamento del processo amministrativo telematico – l'ente locale appellante deduce di avere depositato la propria memoria costitutiva il

27 giugno 2017, con sottoscrizione digitale, cui ha fatto seguito il 4 luglio successivo il deposito di altra memoria, su richiesta della segreteria del Tribunale amministrativo ed infine il deposito dell'intero fascicolo il giorno dell'udienza, 19 luglio 2017, con procura con firma autografa del sindaco di Cosenza, unitamente alla ricevuta telematica di avvenuta regolare spedizione del modulo di deposito di tutti gli atti di causa. Secondo il Comune il giudice di primo grado avrebbe dunque errato nel ritenere tale costituzione invalida, ai sensi dell'art. 6, comma 5 delle regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico (allegato A al d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40).

6. Il motivo è infondato.

7. Dall'esame del fascicolo informatico relativo al giudizio di primo grado risulta che **né la prima memoria né tanto meno la seconda sono firmate digitalmente, come invece previsto dalle citate regole tecniche del processo amministrativo telematico. La prima reca, depositata il 27 giugno 2017, consiste nella copia digitale di una memoria cartacea, con sottoscrizione apposta a penna; la seconda, depositata il 4 luglio 2017, «a seguito di richiesta del TAR» (così nell'appello del Comune) non ha alcuna sottoscrizione.**

Una memoria con sottoscrizione digitale, recante l'ora 15:21:39, è quindi stata depositata il giorno 19 luglio 2017, e precisamente alle ore 16:37:32 di quel giorno, in cui si è tenuta la camera di consiglio all'esito della quale il ricorso è stato definito nel merito, con sentenza ex art. 60 del codice del processo amministrativo.

8. Tuttavia, come dedotto sul punto da Piano B, senza che sul punto vi siano contestazioni da parte del Comune appellante, quest'ultimo deposito è stato fatto *«solo successivamente all'udienza del 19 luglio»*, quando dunque la causa era già passata in decisione.

9. Alla luce di tale ricostruzione deve dunque ritenersi **inapplicabile al caso di specie l'indirizzo pressoché univoco di questo Consiglio di Stato che ammette la regolarizzazione degli atti processuali non conformi alle regole tecniche sul**

processo amministrativo telematico (tra le altre Cons. Stato, III, 11 settembre 2017, n. 4286; IV, 4 aprile 2017, n. 1541; V, ord. 4 gennaio 2018, n. 56; 24 novembre 2017, n. 5490). Ciò perché la regolarizzazione è avvenuta tardivamente, quando la causa era già passata in decisione.

10. Il motivo deve peraltro essere respinto anche per un'altra assorbente considerazione.

Le censure con cui il Comune di Cosenza contesta l'accoglimento del primo ricorso della Piano B riproducono nella sostanza le deduzioni difensive già svolte dalla medesima amministrazione davanti al Tribunale amministrativo e che quest'ultimo non ha esaminato in ragione dell'invalidità della costituzione in giudizio. Come si vedrà si tratta di contestazioni infondate, che dunque non avrebbero potuto determinare una decisione diversa da parte del giudice di primo grado.

11. Passando ora all'esame di tale censura, l'amministrazione resistente si limita a dolersi della mancata applicazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 nella versione risultante dalle modifiche introdotte dal correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017. Il Comune di Cosenza sottolinea al riguardo che in adesione all'orientamento della giurisprudenza amministrativa prevalente il legislatore ha mitigato il rigore dell'originaria formulazione della norma – secondo cui «*I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*» - con l'aggiunta del seguente periodo «*La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*».

Il Comune di Cosenza sottolinea poi che la pretesa violazione del divieto originario non sussisterebbe nel caso di specie, perché il funzionario della cui nomina a membro della commissione giudicatrice si discute nel presente giudizio - dott.ssa Maria Cerzoso, addetta al Settore 11 (Cultura Turismo Spettacolo) – si è limitato a predisporre «*il provvedimento finale di aggiudicazione della procedura negoziata per l'affidamento del servizio di che trattasi*», senza tuttavia avere mai assunto la veste di responsabile unico del procedimento di gara.

L'amministrazione appellante soggiunge al riguardo che l'approvazione dell'avviso pubblico e la nomina della commissione sono state curate da altro funzionario.

12. Così sintetizzato, contrariamente a quanto eccepito dall'originaria ricorrente il motivo non è inammissibile per difetto di critica specifica alla statuizione di accoglimento del ricorso di primo grado. L'onere posto a carico dell'appellante dall'art. 101, comma 1, cod. proc. amm. è infatti direttamente correlato al grado di analiticità della motivazione che sorregge la statuizione impugnata in secondo grado. Ebbene, nel caso di specie mentre il Tribunale amministrativo si è limitato a rilevare che con la nomina del sopra menzionato funzionario era stato violato il divieto di cui al parimenti richiamato art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 nella versione vigente all'epoca in cui la gara è stata indetta, il Comune di Cosenza non solo ha dedotto che con la modifica introdotta dal correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017 il rigore della norma è stato attenuato con riguardo proprio alla figura del r.u.p., ma ha anche riproposto le deduzioni in fatto – non esaminate dal giudice di primo grado – secondo cui il realtà la d.ssa Cerzoso non ha mai svolto la funzione di responsabile unico nella procedura di gara in contestazione nel presente giudizio.

13. Tanto premesso, pur ammissibili le censure del Comune di Cosenza sono infondate.

L'investitura della d.ssa Cerzoso a responsabile unico della procedura di gara risulta dallo stesso provvedimento di aggiudicazione, per cui nessuna contraria deduzione può valere a smentire quanto risulta dall'atto. La stessa amministrazione appellante ammette poi che il funzionario in questione «*ha predisposto il provvedimento finale di aggiudicazione della procedura negoziata*» e che, dunque, oltre alla funzione valutativa del componente della commissione di gara, che deve essere presidiata da garanzie di neutralità rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, ha svolto (o comunque contribuito a svolgere) funzioni amministrative nell'interesse di quest'ultima.

14. Per il resto il Comune di Cosenza impernia le proprie censure sulle modifiche apportate al divieto sancito dall'art. 77, comma 4, del nuovo codice dei contratti pubblici, dal correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017 - secondo cui la nomina del RUP a commissario è valutata: *«con riferimento alla singola procedura»* - che tuttavia pacificamente non è applicabile al caso di specie, come statuito dal giudice di primo grado, perché entrato in vigore successivamente all'indizione della procedura di affidamento impugnata dalla Piano B.

15. Del pari l'amministrazione richiama a fondamento delle proprie censure nei confronti della sentenza di primo grado un orientamento giurisprudenziale che ammetteva che il RUP potesse comporre le commissioni di gara sorte nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il cui art. 84, comma 4, poneva un divieto di commistione tra funzioni di valutazione delle offerte proprie della commissione di gara con ogni *«altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»* per i *«commissari diversi dal Presidente»*.

Nel vigore di questa disposizione la giurisprudenza aveva quindi affermato l'illegittimità della commissione giudicatrice laddove il responsabile unico del procedimento avesse assunto la qualità di componente diverso presidente di quest'organo (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2016, n. 706), escludendola per converso negli altri casi (Cons. Stato, V, 17 novembre 2014, n. 5632, 23 ottobre 2012 n. 5408, 22 giugno 2010, n. 3890). Tuttavia, questa limitazione del divieto non era invece ricavabile dalla versione originaria dell'art. 77, comma 4, del nuovo codice dei contratti pubblici, ma ha appunto richiesto il citato intervento correttivo ad opera del d.lgs. n. 56 del 2017, attraverso l'aggiunta apportata alla disposizione in esame.

16. Con il secondo appello il Comune di Cosenza censura la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Calabria che ha annullato i provvedimenti con cui l'amministrazione:

- dato atto dell'annullamento della gara, e manifestata la volontà di *«non prestare acquiescenza»* a tale pronuncia, al dichiarato scopo di *«evitare un contenzioso con l'aggiudicataria»* associazione Raku, che aveva prestato il servizio in esecuzione del contratto d'appalto stipulato all'esito della procedura medesima sino al 28 luglio 2017, ha revocato la procedura negoziata precedentemente indetta (determinazione n. 1707 del 17 agosto 2017);
- quindi, premesso che è stato avviato il progetto Bocs Art di riqualificazione di aree dismesse da affidare ad artisti per la quale sono state già stanziare risorse finanziarie e in relazione al quale è fissato un programma delle attività, ma che il servizio di organizzazione logistica di supporto di queste ultime *«risulta ad oggi privo di assegnazione e pertanto si rende necessario provvedere al suo affidamento»*, e dato atto che l'associazione Raku ha fatto pervenire un preventivo di € 14.000 per lo svolgimento del servizio nel periodo settembre 2017 – febbraio 2018, valutatane la congruità dell'offerta, si affida a quest'ultima tale servizio (determinazione n. 2012 del 26 settembre 2017).

17. Il Tribunale amministrativo ha ritenuto che le pretese ragioni di evitare un contenzioso con l'associazione poste a base del provvedimento di revoca non costituissero *«valida giustificazione»* del ritiro dell'intera procedura *«sia perché era prevedibile che gli atti adottati avrebbero determinato il risultato opposto (la proposizione di gravame da parte dell'odierna ricorrente), sia, soprattutto, perché il contenzioso che coinvolgeva la Raku era stato già definito a livello giurisdizionale, di talché non è dato sapere quale contenzioso potesse insorgere»*. Il giudice di primo grado ha poi ritenuto che non sussistessero i presupposti per un affidamento diretto del servizio e derogare così agli obblighi di evidenza pubblica, tenuto conto della scelta precedentemente adottata; ed inoltre che anche nell'ipotesi di affidamento diretto *«la scelta dell'uno o dell'altro soggetto non è libera, ma frutto di specifiche ragioni (affidabilità, convenienza, qualità e simili) che devono essere accertate e debitamente dimostrate mediante congrua motivazione»*; e che nel caso di specie tali ragioni *«non possono certamente risiedere nel fatto che l'offerta dell'impresa è stata precedentemente scelta mediante procedura selettiva svolta da una commissione costituita in contrasto con le*

previsioni di legge». In forza di tale ultimo rilievo il Tribunale amministrativo ha ritenuto che i provvedimenti impugnati fossero stati adottati in elusione della propria pronuncia di annullamento della procedura negoziata, come ulteriormente dedotto dalla Piano B.

18. Nei confronti di questa pronuncia il Comune di Cosenza formula le seguenti censure:

- non vi è alcun intento di eludere il giudicato, come ricavabile non solo dall'impugnazione contro la pronuncia di annullamento della procedura negoziata, ma *«soprattutto»* per l'impossibilità

per la Piano B di conseguire l'aggiudicazione del servizio, stante il vizio di carattere meramente procedurale accertato nel precedente contenzioso e l'esigenza di garantire nelle more l'espletamento del servizio medesimo;

- ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo vigente all'epoca dei fatti di causa, l'affidamento diretto è consentito senza previa consultazione di più operatori economici e nel caso di specie è stato assicurato il rispetto del principio di rotazione, tenuto conto che l'originaria ricorrente è stata affidataria del medesimo servizio nell'anno 2015;

- contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, l'interesse pubblico ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990 è nel caso di specie sussistente e consiste nel *«rispetto della norma vigente che consente alla P.A. di procedere all'affidamento diretto al riparo da decisioni che possano influenzare il libero e legittimo esercizio del potere discrezionale che compete all'Amministrazione»*.

19. Così sintetizzati i motivi d'appello sono infondati.

In primo luogo risulta non specificamente censurata la statuizione di accoglimento del motivo di violazione della norma sulla revoca di cui al poc'anzi richiamato art. 21-*quinquies* della legge generale sul procedimento amministrativo. Il Tribunale amministrativo ha al riguardo evidenziato che le supposte ragioni di evitare i contenziosi con la precedente affidataria associazione Raku non erano in grado di sorreggere la decisione di ritirare una

gara già annullata in sede giurisdizionale, sia perché quest'ultima non aveva assunto alcuna iniziativa in tal senso, sia perché come era facilmente prevedibile tale determinazione in autotutela avrebbe indotto la Piano B a promuovere il presente giudizio.

20. A fronte di tale chiara statuizione il Comune di Cosenza si limita in modo apodittico e generico ad affermare che le ragioni a base della revoca risiederebbero nel rispetto di una disposizione di legge che, per contro, il giudice di primo grado ha puntualmente accertato essere stata violata nel caso di specie.

21. Quanto all'affermazione che il vizio della procedura negoziata accertato dal Tribunale amministrativo di Catanzaro nella prima delle due sentenze qui appellate non ha comportato alcun accertamento del diritto della ricorrente Piano B ad aggiudicarsi il servizio, è sufficiente evidenziare che tanto meno un simile diritto è configurabile in capo all'associazione Raku, cui invece l'amministrazione ha nondimeno ritenuto di affidare senza alcun confronto competitivo una parte del servizio.

22. L'illegittimità della revoca deve quindi essere confermata.

23. Con riguardo ai presupposti ex art. 36 d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento diretto alla controinteressata, va evidenziato che se è vero che per contratti di valore inferiore a € 40.000 il comma 2, lett. a), di tale disposizione, nella versione risultante dalle modifiche introdotte con il decreto correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017 – applicabile agli atti successivi al primo annullamento giurisdizionale - consente l'affidamento diretto senza previa consultazione, va tuttavia sottolineato che la statuizione di accoglimento della censura in questione in primo grado ha un contenuto più complesso. Il Tribunale amministrativo non si è infatti limitato ad accertare che tale prodromica attività non era stata svolta, ma ha nel caso di specie valorizzato la circostanza che il Comune odierno appellante si era in precedenza determinato nel senso di affidare il contratto con procedura negoziata ai sensi della lett. b) della medesima disposizione. Sulla base di

questo profilo di contraddittorietà, e constatato che con l'affidamento diretto all'associazione Raku l'amministrazione aveva realizzato lo stesso risultato della gara annullata, il giudice di primo grado ha in particolare desunto la volontà del Comune di Cosenza di eludere la pronuncia di annullamento.

24. Con riguardo alle censure svolte dall'amministrazione nel presente appello con riguardo a tale statuizione va quindi osservato che la pretesa impossibilità di affidare il servizio in via diretta alla Piano B, a causa del principio di rotazione degli inviti ex art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, costituisce una inammissibile motivazione postuma del provvedimento qui impugnato. In secondo luogo, la deduzione non consente di superare la circostanza – anch'essa puntualmente colta dal giudice di primo grado - che lo stesso Comune di Cosenza aveva in precedenza optato per l'affidamento mediante procedura negoziata ai sensi del comma 2, lett. b), della medesima disposizione, nell'ambito della quale aveva partecipato la stessa originaria ricorrente.

Il rilievo di contraddittorietà dell'operato complessivo dell'amministrazione, ritenuto sintomatico dell'intento elusivo dell'amministrazione, resiste alle critiche da quest'ultima formulate nell'appello in esame.

25. Inoltre, sulla base di tutte queste considerazioni la dichiarata volontà del Comune di Cosenza di applicare la disciplina del codice dei contratti pubblici si riduce ad una enunciazione smentita dagli atti di causa.

26. Anche questo appello deve quindi essere respinto.

Le spese dei due giudizi d'appello riuniti seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li respinge entrambi e condanna il Comune di Cosenza a rifondere alla Piano B le spese di causa, liquidate complessivamente in € 6.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO