



**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 le Marche**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex* art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 567 del 2016, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

La Sorgente Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Sara Api, Antonella Storoni, con domicilio  
eletto presso lo studio Avv. Giuseppe Tansella in Ancona, corso Garibaldi, 16;

***contro***

Unione Montana Alta Valle del Metauro, Comune di Urbania, in persona del legale  
rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Michela Ubaldi, con  
domicilio eletto presso lo studio Avv. Maurizio Minucci in Ancona, corso  
Garibaldi, 43;

***nei confronti di***

Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza A.R.L., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione*

- della determinazione n. 158 del 6/9/2016 del Comune di Urbania;
- della determinazione n.193 dell'1/9/2016 del Dirigente dell'Area Tecnica manutentiva dell'Unione Montana Alta Valle del Metauro avente ad oggetto "Servizio nido d'infanzia modulo lattanti e modulo semidivezzi e divezzi in orario pomeridiano per il periodo 1/9/2016 al 31/7/2018 - Comune di Urbania, Approvazione verbale del 1/9/2016 e proposta di aggiudicazione definitiva alla Ditta Eurotrend Assistenza s.c.r.l.";
- della nota prot. 11384/7.9/1 del 1/9/2016 del responsabile della C.U.C. Unione Montana Alta Valle del Metauro, di comunicazione delle risultante di gara;
- della determinazione n.191 del 1/9/2016 del Dirigente dell'Area Tecnica Manutentiva della C.U.C. Unione Montana Alta Valle Metauro;
- di tutti i verbali di gara e segnatamente del verbale del 25/8/2016 della Commissione di gara contenente proposta di aggiudicazione provvisoria del servizio alla ditta controinteressata ed il verbale del RUP dell'1/9/2016 di verifica dei requisiti di ammissibilità e dell'offerte anormalmente basse;
- della determina n.181 del 25/8/2016 del Dirigente dell'Area Tecnica Manutentiva della C.U.C. Unione Montana Alta Valle del Metauro di nomina della Commissione aggiudicatrice;
- della determina a contrarre del Responsabile del Settore Segreteria del Comune di Urbania n.51 del 18/7/2016 non conosciuta;
- della determina n.164 del 19/7/2016 del Responsabile dell'area 4<sup>^</sup> della C.U.C. Unione Montana Alta Valle del Metauro con cui si provvedeva alla gara di appalto e si approvava la documentazione di gara non conosciuta;
- del diniego all'istanza di annullamento in autotutela della procedura di gara del Responsabile della C.U.C. del 19/9/2016 nota prot. 12204/7.9./1 e del diniego

all'istanza di annullamento in autotutela della procedura di gara del 22/9/2016 nota proc.966.72;

- di ogni altro atto precedente o conseguente comunque connesso o collegato anche non conosciuto,

e per la condanna

delle amministrazioni intimata al risarcimento dei danni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione Montana Alta Valle del Metauro e del Comune di Urbania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2017 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La cooperativa ricorrente ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) istituita presso l'Unione Montana Alta Valle del Metauro per conto del Comune di Urbania, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione dell'asilo nido comunale per il periodo 1/9/2016-31/7/2018.

Alla gara hanno preso parte solo "La Sorgente" e "Eurotrend Assistenza" e quest'ultima è risultata collocata al primo posto della graduatoria finale con punti 86/100, mentre la ricorrente ha conseguito punti 74,07/100. Prima di decretare l'aggiudicazione, la C.U.C. ha sottoposto l'offerta di "Eurotrend" a verifica di congruità.

2. Con il ricorso introduttivo “La Sorgente” (gestore uscente del servizio) censura il complessivo operato della C.U.C. e del Comune di Urbania per i seguenti motivi:

- il RUP designato dalla C.U.C. è diverso da quello indicato nella determina di indizione della gara;
- la commissione è stata nominata dalla C.U.C. e non dalla stazione appaltante (ossia dal Comune di Urbania);
- la commissione di gara non era composta da membri esperti del settore;
- fra due dei commissari sussiste un rapporto di dipendenza gerarchica;
- il presidente della commissione ha svolto anche le funzioni di RUP, in violazione dell’art. 77, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, nonché del successivo comma 7;
- i punteggi attribuiti dalla commissione alle due offerte risultano illogici e immotivati (e ciò anche in conseguenza dell’assenza di specifica competenza in materia in capo ai commissari);
- la valutazione della congruità dell’offerta della controinteressata è stata svolta dal solo RUP e non dalla commissione nel suo *plenum*;
- la valutazione di congruità, peraltro, non è stata in realtà compiuta, essendosi il RUP limitato a verificare i certificati del casellario giudiziale depositati dall’aggiudicataria;
- è altresì illegittima l’esecuzione anticipata del servizio disposta dal Comune, e ciò in quanto il ritardo nella conclusione della gara è ascrivibile unicamente alla stazione appaltante ed alla C.U.C.

La ricorrente ha proposto altresì la domanda di subentro (e in via subordinata di risarcimento per equivalente monetario del danno da mancata aggiudicazione) e la domanda risarcitoria per i danni derivanti dalla consegna anticipata del servizio alla controinteressata.

In data 14 ottobre 2016 la ricorrente ha depositato altresì un'istanza di accesso agli atti in corso di causa, la quale è stata successivamente dichiarata improcedibile dalla stessa cooperativa "La Sorgente".

3. Si sono costituiti l'Unione Montana Alta Valle del Metauro e il Comune di Urbania, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 351/2016 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare limitatamente all'inibizione alla stipula del contratto.

4. In data 24 novembre 2016 è stato depositato un primo atto di motivi aggiunti, in cui "La Sorgente" ha, per un verso puntualizzato alcune censure già contenute nel ricorso introduttivo (e ciò alla luce della documentazione versata in giudizio dalle amministrazioni resistenti), per altro verso dedotto la non congruità dell'offerta di "Eurotrend" (e questo a seguito della presa visione dell'offerta medesima, consentita dalla stazione appaltante solo dopo la notifica del ricorso introduttivo e della predetta istanza di accesso).

Anche in questo caso le amministrazioni resistenti hanno controdedotto, depositando altresì copia della determinazione n. 158/2016, con cui il Comune di Urbania ha aggiudicato definitivamente l'appalto a "Eurotrend".

Con ordinanza n. 421/2016 il Tribunale ha sostanzialmente confermato la precedente ordinanza n. 351/2016.

5. In data 13 gennaio 2017 la ricorrente ha depositato un secondo atto di motivi aggiunti, con cui, oltre a reiterare le doglianze formulate nei due precedenti gravami, ha impugnato formalmente la citata determinazione n. 158/2016.

6. Alla camera di consiglio del 27 gennaio 2017, fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta con i secondi motivi aggiunti, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio già in questa sede (visto che il contraddittorio è integro e che non sussistono esigenze istruttorie), non riscontrando opposizioni o riserve di sorta.

Come il Tribunale ha statuito già in varie sentenze (vedasi, in particolare, le decisioni, nn. 356/2016 e 67/2017), in assenza di uno specifico divieto normativo la c.d. sentenza breve può essere adottata anche per decidere solo alcune delle domande proposte – rispetto alle quali sussistono le condizioni di “liquidità” indicate dall’art. 60 cod. proc. amm. – soprattutto quando fra le stesse non vi è, come nella specie, una connessione tale per cui è necessario o comunque preferibile la trattazione congiunta. Si vedrà nel prosieguo che nella presente controversia le domande risarcitorie proposte dalla ricorrente sono autonome rispetto alla domanda impugnatoria.

7. Ciò detto, e limitatamente alla domanda impugnatoria, il ricorso e i motivi aggiunti vanno accolti, nei termini di seguito precisati.

7.1. Ciò impone di esaminare l’eccezione di tardività formulata dalla difesa delle amministrazioni intimato, con riguardo all’impugnazione della determinazione del Comune di Urbania n. 158/2016, recante l’aggiudicazione definitiva dell’appalto. Tale provvedimento è stato gravato solo con i secondi motivi aggiunti, per cui il Comune e l’Unione Montana eccepiscono l’irricevibilità *in parte qua* degli stessi motivi aggiunti e, a ritroso, l’inammissibilità/improcedibilità del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti.

7.2. Il Collegio ritiene di dover disattendere l’eccezione, alla luce delle seguenti considerazioni:

- in linea generale, la ricostruzione della ordinaria sequenza procedimentale operata dalla difesa delle amministrazioni resistenti è corretta, anche in ragione del fatto che la determinazione n. 193/2016 dell’Unione Montana reca espressamente nel dispositivo la formula secondo cui l’atto contiene la “proposta di aggiudicazione definitiva”. Come è noto, per giurisprudenza assolutamente granitica l’impugnazione (facoltativa) dell’aggiudicazione provvisoria va dichiarata improcedibile laddove ad essa non segua l’impugnazione tempestiva

dell'aggiudicazione definitiva. Nella specie, però, esistono alcune peculiarità che giustificano l'equivoco in cui è incorsa la ricorrente;

- in primo luogo si deve osservare che la stazione appaltante, ai sensi e per gli effetti dell'art. 79 D.Lgs. n. 163/2006 (e quindi anche dell'art. 120 cod. proc. amm.), ha comunicato alle due ditte partecipanti l'aggiudicazione provvisoria (vedasi nota prot. 11384/7.9/1 dell'1/9/2016), per cui era del tutto lecito attendersi che anche l'aggiudicazione definitiva sarebbe stata oggetto di medesima formale comunicazione;

- in secondo luogo, l'aggiudicazione definitiva è stata adottata il 6 settembre 2016, ma il provvedimento è stato pubblicato all'Albo pretorio solo dal 5 al 20 novembre 2016 (come risulta dai documenti depositati in giudizio il 25/1/2017 dalle amministrazioni resistenti). L'onere di diligenza che grava sul soggetto che ha partecipato ad un procedimento amministrativo non può essere dilatato sino al punto da costringere tale soggetto a controllare giornalmente e *sine die* l'Albo pretorio per verificare se l'atto conclusivo del procedimento è stato pubblicato, e questo tanto più nei casi in cui la legge pone a carico dell'amministrazione l'onere della notifica/comunicazione individuale oppure quando la stessa amministrazione ha indotto l'interessato a confidare nella comunicazione individuale. La ricorrente, inoltre, ben poteva fondatamente ritenere che la stazione appaltante, avendo comunque proceduto all'affidamento del servizio in via d'urgenza, avrebbe atteso l'esito del presente giudizio prima di procedere all'aggiudicazione definitiva. Dal punto di vista processuale, poi, la difesa delle amministrazioni intimato non ha eccepito sin dai primi scritti difensivi l'esistenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva non impugnato con il ricorso introduttivo, né ha provveduto al deposito di tale atto se non in data 13 dicembre 2016;

- infine, nella specie non può nemmeno dirsi che l'esistenza dell'atto sia stata acquisita *aliunde* dalla ricorrente, ad esempio nel corso della seduta di gara, visto

che l'ultima seduta si è svolta il 1° settembre 2016 e che l'aggiudicazione definitiva è stata adottata il successivo 6 settembre.

8. Ciò detto, vanno accolte le censure inerenti le modalità di nomina del RUP e della commissione di gara, le quali, come si dirà meglio *infra*, hanno valenza assorbente.

Nel merito, si osserva quanto segue.

8.1. Il fatto che la presente gara sia stata bandita in epoca immediatamente successiva all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 ha certamente provocato qualche incertezza circa le disposizioni da applicare al riguardo, e ciò anche alla luce del parere reso dal Consiglio di Stato sulle Linee guida predisposte dall'ANAC in materia di nomina del RUP (vedasi il parere della Commissione Speciale n. 1767/2016). Ciò peraltro non giustifica l'operato della C.U.C.

8.2. Va infatti considerato che, anche volendo applicare, ai sensi dell'art. 77, comma 12, D.Lgs. n. 50/2016, le disposizioni interne alla C.U.C., la nomina del RUP e della commissione sono illegittime. In effetti, la convenzione stipulata nel 2015 per l'istituzione e l'implementazione della C.U.C. operante presso l'Unione Montana Alta Valle del Metauro prevede che il RUP sia nominato dal Comune interessato e che la commissione di gara sia formalmente nominata dalla C.U.C. ma su designazione del Comune interessato (art. 3, comma 4, e art. 4 della Convenzione).

Anche l'art. 31, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 prevede che il RUP sia designato dalla stazione appaltante.

E, del resto, con la determinazione comunale n. 51/2016 il RUP era stato già nominato.

8.3. L'art. 31, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016 (secondo cui "*Le centrali di committenza e le aggregazioni di stazioni appaltanti designano un RUP per le attività di propria competenza con i compiti e le funzioni determinate dalla specificità e complessità dei processi di*



*acquisizione gestiti direttamente*”) disciplina una fattispecie peculiare e non applicabile nella specie, visto che l'appalto per cui è causa non presenta né particolari difficoltà tecnico-amministrative né un importo economicamente rilevante (si tratta, infatti, di un servizio routinario erogato ormai da molti anni e oggetto, alla scadenza dei vari contratti, di periodico rinnovo all'esito di gara ad evidenza pubblica).

8.4. Tenuto conto dei compiti particolarmente delicati che il D.Lgs. n. 50/2016 attribuisce al RUP, nonché dell'essenza stessa della figura (si noti, in particolare, l'aggettivo “unico”), in uno stesso procedimento non possono coesistere due RUP e, comunque, l'eventuale secondo RUP, ai sensi del citato art. 31, comma 14, è chiamato a svolgere solo le specifiche attività per cui è stato nominato.

8.5. Quanto alla nomina della commissione, nella specie il Comune di Urbania non risulta aver designato formalmente alcuno dei tre componenti, per cui è stata violata la predetta convenzione istitutiva della C.U.C. A questo proposito va evidenziato che l'art. 3, comma 6, della convenzione, a differenza di quanto opinato dalla difesa delle amministrazioni resistenti, non pone alcuna eccezione con riguardo alle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo anche in quel caso prevista la designazione da parte del Comune interessato.

8.6. E' parzialmente fondata anche la censura relativa alla competenza tecnica dei commissari chiamati a far parte della commissione di gara. In effetti, mentre è legittima la presenza del segretario generale del Comune di Urbania (sia per le sue indubbie competenze in materia di procedure ad evidenza pubblica, sia perché lo stesso risulta aver diretto ormai da qualche anno il Settore Sociale-Educativo dello stesso Comune resistente), non altrettanto può dirsi per gli altri due commissari. Questo sotto due profili: quanto al geom. Dini, non è stato provato che lo stesso possieda specifiche competenze professionali riguardo al servizio oggetto dell'appalto; quanto al geom. Costantini, in aggiunta alle precedenti considerazioni

rileva il fatto che il medesimo è in rapporto di subordinazione gerarchica con il geom. Dini (tale circostanza, affermata in ricorso, non è stata infatti smentita dalle amministrazioni intimate). Per un principio generale dell'ordinamento di settore, ma applicabile naturalmente anche ai concorsi pubblici, ogni commissario deve essere libero di svolgere in autonomia le proprie valutazioni, il che sarebbe fortemente ostacolato dal fatto che uno dei membri possa esercitare, anche inconsciamente, una qualche "pressione" su uno o più degli altri componenti. Uno dei casi in cui tale "pressione" può manifestarsi si verifica proprio quando fra i commissari vi sono rapporti di dipendenza gerarchica. Il vizio ha valenza invalidante *ex se*, a prescindere quindi dal fatto che in concreto non sia fornita la prova di uno sviamento di potere.

9. In vista della riedizione della gara, il Tribunale ritiene altresì di osservare che la censura relativa all'incompatibilità in cui versava il presidente della commissione ai sensi dell'art. 77, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016 va ritenuta infondata alla luce delle Linee guida adottate dall'ANAC in data 26 ottobre 2016. Come è noto, e pur a fronte di un dettato normativo più restrittivo rispetto alla formulazione del previgente art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, in sede di parere il Consiglio di Stato aveva censurato l'originaria formulazione delle Linee guida (vedasi il punto "Pag. 3, par. 1.2., terzo periodo" del parere, in cui la Commissione Speciale ha evidenziato che "*...la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. Stato, V, n. 1565/2015). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali...*"). L'ANAC si è adeguata al rilievo, tanto che nella stesura definitiva le Linee guida

(punto 2.2., ultimo periodo) stabiliscono che “*Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza*”.

Peraltro, non potendosi escludere futuri *révirement* giurisprudenziali, è consigliabile che in sede di ripetizione della procedura il Comune e la C.U.C. chiariscano nettamente le rispettive competenze circa l’approvazione dei vari atti di gara, visto che l’incompatibilità non sussiste laddove, ad esempio, il RUP non abbia in alcun modo cooperato nella stesura del capitolato tecnico o del bando.

10. Le censure inerenti l’omessa/errata valutazione dell’anomalia dell’offerta dell’aggiudicataria sono assorbite, sia perché la ricorrente non ha graduato i motivi di ricorso, sia perché – come meglio si preciserà *infra* – nella specie il Tribunale non è oggettivamente in grado di valutare allo stato (ammesso che a ciò sia legittimato *ex officio*) la maggiore satisfattività per la ricorrente dell’accoglimento di una piuttosto che di un’altra censura.

11. In conclusione, la domanda impugnatoria va accolta, con conseguente annullamento dell’aggiudicazione definitiva e dell’affidamento del servizio in via d’urgenza disposto in favore della controinteressata.

Questo secondo provvedimento non ha infatti valenza autonoma, dovendosi dare quasi per scontato che in tanto il servizio è stato affidato a “Eurotrend” in quanto la stessa era risultata aggiudicataria provvisoria. In ogni altro caso, infatti (deserzione della gara, annullamento in autotutela del bando, ritardo nella conclusione della procedura, etc.), il servizio sarebbe stato certamente affidato in proroga al precedente gestore, ossia alla cooperativa ricorrente.

12. A questo punto il problema si sposta alla verifica della corretta modalità di esecuzione della presente sentenza.

12.1. Si deve premettere che dall'accoglimento delle censure formulate dalla ricorrente (le quali, come detto, non sono state graduate) non deriverebbe in nessun caso l'accertamento della spettanza dell'aggiudicazione, visto che:

- l'accoglimento delle doglianze relative alle modalità di nomina del RUP e della commissione ed alla competenza dei commissari ha quale effetto l'obbligo per la C.U.C. di ripetere la gara (visto che le offerte sono ormai note e non è quindi più assicurabile la genuinità del giudizio, nemmeno se questo fosse affidato ad altra commissione);

- dall'accoglimento delle censure inerenti la omessa/errata valutazione dell'anomalia e l'oggettiva insostenibilità dell'offerta di "Eurotrend" sarebbe invece disceso l'obbligo per la stazione appaltante di procedere alla (ri)valutazione dell'anomalia, anche alla luce delle doglianze svolte dalla ricorrente. Per giurisprudenza costante, infatti, in prima battuta la valutazione *de qua* compete alla stazione appaltante, il giudice essendo chiamato solo a stabilire se tale valutazione è stata preceduta da adeguata istruttoria e se essa risponde ai consueti canoni di adeguatezza e logicità.

12.2. Diverso è il discorso per quanto concerne l'annullamento dell'affidamento in via d'urgenza del servizio, perché in questo caso l'effetto della sentenza potrebbe esplicarsi in pieno, essendo solo due le ditte partecipanti alla gara e non essendo stato rappresentato alcun problema di ammissibilità di una o di entrambe le offerte (per cui, allo stato, non vi è pericolo che il servizio possa essere svolto da un operatore che non possiede i requisiti morali e tecnici). Peraltro, come il Tribunale ha già statuito per due volte in sede cautelare, la valutazione circa l'ottimale gestione di questa fase interinale non può che essere rimessa al Comune di Urbania, e ciò anche alla luce del fatto che la ricorrente ha sul punto formulato la domanda risarcitoria (per cui i danni patrimoniali subiti di cui si chiede il ristoro – in sé di importo non particolarmente rilevante – sarebbero elisi *in toto* in caso di

accoglimento della domanda stessa). Al riguardo il Tribunale, richiamando analogicamente l'art. 122 cod. proc. amm. (e ciò in quanto nella specie il contratto non è stato ancora formalmente stipulato), non ritiene di poter decretare la cessazione immediata della gestione del servizio da parte della controinteressata, soprattutto in ragione della particolare natura dell'utenza e dell'indiscutibile esigenza di continuità gestionale.

12.3. In accoglimento della presente sentenza, pertanto, il Comune di Urbania dovrà ripetere in tempi ragionevolmente contenuti la procedura di gara, attenendosi ai principi di diritto dianzi esposti.

Per la trattazione della domanda risarcitoria va invece fissata l'udienza pubblica dell'8 novembre 2017.

La pronuncia sulle spese è rinviata al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie, nei sensi e nei termini di cui in motivazione, la domanda impugnatoria;
- fissa per la trattazione della domanda risarcitoria la pubblica udienza dell'8 novembre 2017;
- rinvia al definitivo la pronuncia sulle spese.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Tommaso Capitano**

**Maddalena Filippi**

IL SEGRETARIO