

APPALTI: Gara – Responsabile unico del procedimento (Rup) – Adozione dei provvedimenti di esclusione – Competenze del Rup - Funzioni di garanzia e controllo – Art. 31, co. 3, D.Lgs. n. 50 del 2016.

Tar Puglia – Lecce, Sez. II, 21 settembre 2021, n. 1373

- in *Guida al Diritto*, 39, 2021, pag. 87 e ss.

“[...] la conformità di un atto alle norme di legge va valutata alla luce della normativa di riferimento, e non alla luce di non meglio precisati “sistemi informatici”, i quali non essendo fonti del diritto non possono sovvertire le ordinarie regole giuridiche, è sufficiente rilevare che le disposizioni statutarie riguardanti l’individuazione degli organi competenti ad impegnare il CIISAF verso l’esterno operano unicamente in relazione all’attività istituzionale dell’ente (es. stipula di contratti, accensione di mutui, ecc.), ma non anche in relazione alle procedure di gara, le quali sono governate da un corpus normativo specifico (il d. lgs. 18.4.2016, n. 50), il quale, esso solo, stabilisce i soggetti competenti all’adozione dei vari atti inerenti la procedura di gara. E nel caso di specie, ai sensi del citato art. 31 co. 4 CAP, unico soggetto deputato all’adozione di provvedimenti di esclusione di concorrenti dalla gara è il RUP [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di: Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito Territoriale Sociale di Cisternino Fasano Ostuni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 settembre 2021 il dott. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti i difensori avv. L. Tozzi per la ricorrente e avv. R. Daliso per il Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito Territoriale Sociale di Cisternino Fasano Ostuni;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente – che ha partecipato alla procedura di gara bandita dal Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito Territoriale Sociale di Cisternino Fasano Ostuni (di seguito: CIISAF), avente ad oggetto l’affidamento del servizio di ludoteca nel Comune di Ostuni CIG 86684073C0) – ha impugnato gli atti in epigrafe, tra cui la determinazione n. 409 del 24.6.2021, di esclusione dalla gara.

A sostegno del ricorso, essa ha articolato i seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: violazione degli artt. 3, 7 e 10 bis L. 241/90; artt. 31, 80 comma 5 lett. c), c-bis) e c-ter) d. lgs. n. 50/16 (di seguito: CAP); art 97 Cost; eccesso di potere sotto vari profili; incompetenza.

Ha chiesto pertanto l'annullamento dell'atto impugnato, con vittoria delle spese di lite.

Costitutosi in giudizio, il CIISAF ha chiesto il rigetto del ricorso con vittoria delle spese di lite.

Nella camera di consiglio del 15.9.2021, fissata per la discussione della domanda cautelare, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, ha definito il giudizio in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

2. Va anzitutto esaminata, per ragioni di pregiudizialità logico-giuridica, l'eccezione di difetto di competenza dedotta dalla ricorrente, atteso che la stessa, ove fondata, sarebbe idonea a definire l'intero giudizio, senza possibilità di esame delle ulteriori censure (cfr. C.d.S, AP n. 5/15).

2.1. Sul punto, la ricorrente eccepisce “... *l'illegittimità del provvedimento gravato il quale è stato assunto in carenza di potere da parte del Direttore del CIISAF. L'art. 31 del d. lgs. n. 50/2016 prevede pacificamente che il RUP sia il dominus della procedura di gara con la conseguenza che anche i provvedimenti di esclusione rientrano nella competenza dello stesso*” (cfr. ricorso, p. 11).

La censura è fondata.

2.2. Ai sensi dell'art. 31 co. 3 CAP: “*Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti*”.

2.3. Tale essendo il tenore della cennata previsione normativa, occorre ora indagarne la portata.

Sul punto, rileva il Collegio che, per condivisa giurisprudenza amministrativa, “*Le attribuzioni del responsabile unico del procedimento sono definite come residuali e le stesse si estendono anche all'adozione di provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara. La competenza del RUP nell'adozione dei provvedimenti di esclusione trova piena corrispondenza nel particolare ruolo attribuito a tale figura, nel contesto della gara, e alle funzioni di garanzia e controllo che allo stesso sono intestate, anche in ragione dei tempi e delle modalità della sua preposizione, che è sempre anteposta (anche logicamente) all'avvio della procedura di affidamento, così da collocarlo in una posizione di originaria terzietà e separazione nel corso dell'intero ciclo dell'appalto*” (TAR Trieste, I, 29.10.2019, n. 450).

In termini più specifici, si è condivisibilmente affermato che: “*È illegittimo, per difetto di competenza, il provvedimento di esclusione da una gara di appalto indetta dal Comune adottato dal Dirigente del settore comunale di interesse, anziché dal RUP che, in virtù di quanto disposto dall'*

art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è il dominus della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti” (TAR Venezia, I, 27.6.2018, n. 695).

3. Ciò premesso, e venendo ora alla fattispecie in esame, rileva il Collegio che il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara è stato sottoscritto non già dal RUP, ma dal Direttore CIISAF. Per tali ragioni, è evidente la sussistenza del lamentato difetto di competenza.

4. In particolare, nessun rilievo assumono, ai fini in esame, le circostanze secondo cui: *“la determinazione direttoriale impugnata costituisce rituale (ed unica) forma di esternazione della volontà dell’Ente, secondo le previsioni statutarie del CIISAF”*, e secondo cui: *“il sistema informatico del Consorzio a sua volta prevede quale unica tipologia di provvedimento la “determinazione direttoriale”, in coerenza con l’attribuzione, al solo Direttore -unica figura del Consorzio con funzioni dirigenziali-, della potestà di formale esternazione della volontà dell’Ente”* (cfr. memoria CIISAF, p. 7).

Sul punto – premesso il generale principio per il quale la conformità di un atto alle norme di legge va valutata alla luce della normativa di riferimento, e non alla luce di non meglio precisati *“sistemi informatici”*, i quali non essendo fonti del diritto non possono sovvertire le ordinarie regole giuridiche, è sufficiente rilevare che le disposizioni statutarie riguardanti l’individuazione degli organi competenti ad impegnare il CIISAF verso l’esterno operano unicamente in relazione all’attività istituzionale dell’ente (es. stipula di contratti, accensione di mutui, ecc.), ma non anche in relazione alle procedure di gara, le quali sono governate da un *corpus* normativo specifico (il d. lgs. 18.4.2016, n. 50), il quale, esso solo, stabilisce i soggetti competenti all’adozione dei vari atti inerenti la procedura di gara.

E nel caso di specie, ai sensi del citato art. 31 co. 4 CAP, unico soggetto deputato all’adozione di provvedimenti di esclusione di concorrenti dalla gara è il RUP.

Per tali ragioni, l’atto impugnato è affetto dal dedotto deficit di competenza, essendo stato adottato non già dal RUP, ma dal Direttore del CIISAF.

5. Ne consegue il suo annullamento, senza possibilità di esame delle ulteriori censure (cfr. C.d.S., AP n. 5/15 cit.).

6. Le spese del giudizio tra le parti costituite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e annulla per l'effetto l'atto impugnato.

Condanna il Consorzio resistente al rimborso delle spese di lite sostenute dalla ricorrente, che si liquidano in € 1.500 per onorario, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del giorno 15 settembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Antonella Mangia, Presidente

Roberto Michele Palmieri, Consigliere, Estensore

Nino Dello Preite, Referendario

L'ESTENSORE

Roberto Michele Palmieri

IL PRESIDENTE

Antonella Mangia

IL SEGRETARIO