Pubblicato il 22/02/2021

N. 00311/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01051/2020 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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1051 del 2020, proposto da Caputo Egidio, rappresentato e difeso dall'avvocato Santo De Prezzo, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Fragagnano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe A. Fanelli, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione n. 217 del 21 luglio 2020 del Responsabile di Settore del Comune di Fragagnano, nella parte in cui, nell'approvare i verbali di gara, non aggiudica i servizi tecnici della gara ufficiosa inerente la procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di ingegneria (progettazione e direzione lavori), relativi all'intervento denominato P.O. F.E.S.R. (Fondo Europeo di Sviluppo regionale) - F.S.E. (Fondo Sociale Europeo) 2014/2020 - *"Riqualificazione urbana del centro storico e*

*misure di inclusione sociale, sostegno e lotta alla povertà", indetta con gara informale, senza previa pubblicazione di bando, ai sensi dell'art.36, comma 2 lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016, interamente gestita con sistema telematico a mezzo della piattaforma Montedoro Traspare della "C.U.C. c/o Unione dei Comuni di Montedor*o";
e di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e conseguenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Fragagnano;
Visto l'art. 84, commi 5 e 6, del D.L. n. 18/2020;
Visto l'art. 4 del D.L. n. 28/2020;
Visto l'art. 25 del D.L. 28 Ottobre 2020 n. 137;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2021 il Cons. dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con determinazione n. 217 del 21 luglio 2020, il Responsabile di Settore del Comune di Fragagnano adottava il provvedimento finale di approvazione dei verbali di gara e di non aggiudicazione (all'Architetto ricorrente), per ravvisata inidoneità dell'unica offerta presentata, della procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di ingegneria (progettazione e direzione lavori) relativi all'intervento denominato P.O. F.E.S.R.- F.S.E. 2014/2020 - "*Riqualificazione urbana del centro storico e misure di inclusione sociale, sostegno e lotta alla povertà*", indetta con gara informale senza previa pubblicazione di bando, ai sensi dell'art.36, comma 2 lett. b), del D. Lgs. n. 50/2016, mediante procedura interamente gestita con sistema telematico a mezzo della piattaforma Montedoro Traspare della "*C.U.C. c/o Unione dei Comuni di Montedoro*",

per la selezione, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, di almeno a n. 5 (cinque) operatori economici da invitare dall'elenco aperto dell'Albo Fornitori di cui alla medesima piattaforma Montedoro - Traspare della "*C.U.C. c/o Unione dei Comuni di Montedoro*", nella sezione "*Servizi professionali (progettazione e direzione lavori)*".

1.1. A sostegno del ricorso sono rassegnate le censure di seguito sintetizzate:

Violazione e falsa applicazione di legge dell'art. 97 Costituzione, dell'art. 95, comma 12, del D. Lgs. n. 50/2016 - eccesso di potere – ingiustizia manifesta – carenza di motivazione e/o manifestamente illogica - travisamento dei fatti – difetto d'istruttoria.

In data 8 ottobre 2020 si è costituito in giudizio il Comune di Fragagnano contestando l'ex adverso dedotto ed eccependo l'infondatezza del ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 13 ottobre 2020, il ricorrente ha rinunziato all'istanza cautelare e, conseguentemente, il Presidente di questa Sezione ha contestualmente disposto "la cancellazione della causa dal ruolo delle cautelari".

Alla pubblica udienza del 26 gennaio 2021 la causa è stata introitata per la decisione.

2. Il ricorso è infondato nel merito e deve essere respinto.

2.1. Osserva, il Collegio, che l'impugnata determinazione n. 217/2020 di approvazione dei verbali di gara e di non aggiudicazione, in favore dell'Architetto ricorrente per ravvisata inidoneità dell'unica offerta presentata, della procedura di gara ufficiosa negoziata indicata in premessa, è stata adottata dal Responsabile del Settore del Comune resistente sulla base delle seguenti argomentazioni:

"*Di prendere atto della nota del 06.07.2020, acclarata al prot. del C.E. con il n. 5843, si chiedeva alla Commissione se l'Offerta presentata dall'Arch. Egidio Caputo potesse ritenersi idonea ed adeguata rispetto alle richieste riportate nella lettera d'invito redatta dalla Stazione Appaltante;*

Di prendere atto della nota prot. n. 6221 del 16.07.2020, con la quale la Commissione giudicatrice non ha fornito al Rup alcuna indicazione in ordine all'adeguatezza ed idoneità dell'offerta proposta dall'O.E., in riferimento a quanto richiesto dalla S.A.;

Di prendere atto della Relazione Istruttoria del RUP acclarata al protocollo generale del C.E. in data 21.07.2020, con il n. 6328;

Di dare atto che l'offerta presentata dall'operatore Economico Arch. Egidio Caputo risulta essere insufficiente a soddisfare i requisiti richiesti dalla Stazione Appaltante, prendendo atto del punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice;

Di dare atto che l'Offerta non può ritenersi conveniente per la Stazione Appaltante, così come previsto all'art. 95 comma 12 del D. Lgs. 50/2016 e nella lettera d'invito, rispetto a quanto previsto e richiesto in sede di Gara".

2.2. Con un primo ordine di censure, il ricorrente deduce che, dopo la comunicazione della Commissione di gara della proposta di aggiudicazione della procedura negoziata (gara informale) di cui in premessa, avvenuta in suo favore con verbale del 23 giugno 2020 (mediante l'attribuzione di un punteggio complessivo di 60/100), risulta del tutto irrituale e illegittima la richiesta, avanzata dal R.U.P. della procedura di affidamento de qua, con la nota del 6 luglio 2020, alla Commissione medesima, di una nuova valutazione dell'offerta da egli presentata, al fine di verificare se la stessa potesse ritenersi idonea ed adeguata, in conformità al regolamento riportato nella lettera d'invito.

L'assunto è infondato.

Con la nota predetta il R.U.P. ha richiesto "*ai Commissari di Gara se l'offerta tecnica esaminata e valutata possa ritenersi idonea e adeguata rispetto alle richieste riportate nella lettera di invito redatta dalla Stazione Appaltante, nonostante sia stato attribuito al criterio n.1 (avente la pesatura maggiore rispetto al complessivo) un punteggio reale pari a O "Zero" su 40 (quaranta), così come si evince dalle schede allegate ai predetti verbali, e un punteggio complessivo per l'offerta tecnica pari a 18,155/75*".

L'art. 31 comma 3 del D. Lgs. n. 50 del 2016 prevede che: "*Il RUP, ai sensi della L. 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*".

La norma rimarca dunque il ruolo centrale - di ausilio istruttorio e non solo - che l'organo in questione riveste nell'ambito delle procedure di gara (Consiglio di Stato sentenza n. 4401/2020); invero, *"l'art. 31, comma 5, d.lgs. n. 50 cit. riconosce, infatti, la competenza generale del R.u.p. a svolgere tutti i compiti (id est, ad adottare tutti gli atti della procedura)...", evidenziando, dunque, la possibilità che questi non compia soltanto operazioni di carattere materiale, ma svolga anche attività giuridica esternata in veri e propri atti* (in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020 n. 1104), sino a ritenere anche "*la competenza del R.u.p. all'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5371; III, 19 giugno 2017, n. 2983; V, 6 maggio 2015, n. 2274; V, 21 novembre 2014, n. 5760).

Orbene, alla luce di tali condivisibili coordinate giurisprudenziali, deve riconoscersi la piena legittimità della richiesta di chiarimenti e delucidazioni da parte del R.U.P. alla Commissione di gara in ordine alla idoneità tecnica e professionale dell'offerta del ricorrente, avendo questi rilevato che, con riferimento al criterio n.1 (avente la pesatura maggiore rispetto agli altri criteri afferenti la valutazione dell'offerta tecnica) il ricorrente aveva ottenuto "*un punteggio reale pari a "0" (zero) su 40 (quaranta) … e un punteggio complessivo per l'offerta tecnica pari a 18,155/75*".

A ciò aggiungasi che il provvedimento conclusivo di non aggiudicazione della gara ufficiosa in questione all'Architetto ricorrente, per ravvisata inidoneità dell'unica offerta presentata, è stato poi adottato dal Responsabile del Settore del Comune di Fragagnano, con la gravata determinazione n.217/2020, sulla base delle seguenti autonome ed articolate considerazioni : "*il RUP, ing. Salvatore Attanasio, svolgendo la funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle*

procedure, al fine di adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate, ha proceduto all'esame: dei documenti tecnici presentati dall' O.E. concorrente in fase di gara; dei verbali redatti dalla Commissione giudicatrice a conclusione delle operazioni di valutazione e delle Offerte con relativa attribuzione dei punteggi; con nota del 06.07.2020, acclarata al prot. del C.E. con il n. 5843, si chiedeva alla Commissione se l'Offerta presentata dall'Arch. Egidio Caputo potesse ritenersi idonea ed adeguata rispetto alle richieste riportate nella lettera d'invito redatta dalla Stazione Appaltante; Con nota del 10.07.2020, acclarata al protocollo del C.E. al n. 6221 in data 16.07.2020, in risposta alla nota di cui al punto precedente, la Commissione giudicatrice dichiara "di aver già assolto alle sue funzioni, procedendo alla valutazione dell'unica offerta formulata nell'applicazione dei parametri indicati nella lex specialis di gara" ; nonché ritenuto:" *Vista la documentazione presentata dall'O.E. Arch Egidio Caputo*", "*Di prendere atto: della nota prot. n. 6221 del 16.07.2020, con la quale la Commissione giudicatrice non ha fornito al Rup alcuna indicazione in ordine all'adeguatezza ed idoneità dell'offerta proposta dall'O.E., in riferimento a quanto richiesto dalla S.A.; della Relazione Istruttoria del* RUP *acclarata al protocollo generale del C.E. in data 21.07.2020, con il n. 6328" e "Di dare atto che l'offerta presentata dall'operatore Economico Arch. Egidio Caputo risulta essere insufficiente a soddisfare i requisiti richiesti dalla Stazione Appaltante, prendendo atto del punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice e "l'Offerta non può ritenersi conveniente per la Stazione Appaltante, così come previsto all'art. 95 comma 12 del D. n può ritenersi conveniente per la Stazione Appaltante, così come previsto all'art. 95 comma 12 del D.Lgs. 50/2016 e nella lettera d'invito, rispetto a quanto previsto e richiesto in sede di Gara*" e "conseguentemente "*di non aggiudicare l'Affidamento dei servizi di ingegneria relativi all'intervento denominato P.O. FESRFSE 2014/2020 - Attuazione dell'ASSE PRIORITARIO XII "Sviluppo Urbano Sostenibile" - Azione 12.1 "Rigenerazione urbana sostenibile" "RIQUALIFICAZIONE URBANA DEL CENTRO STORICO E MISURE DI INCLUSIONE SOCIALE, SOSTEGNO E LOTTA ALLA POVERTÀ*".

Deve, pertanto, escludersi che il Responsabile di Settore del Comune di Fragagnano abbia assunto un ruolo meramente passivo nell'adozione del provvedimento finale di non aggiudicazione impugnato.

2.4. Del pari infondati sono i motivi di gravame con cui parte ricorrente contesta il deficit motivazionale e istruttorio della relazione istruttoria e della proposta del R.U.P. e della impugnata determinazione finale del Responsabile di Settore del Comune di Fragagnano, avendo il primo espresso obiettivi rilievi - scevri da profili di irrazionalità e illogicità manifeste o erroneità nei presupposti - in ordine all'inidoneità tecnica dell'offerta del ricorrente e, il secondo, richiamato per *relationem* quanto emergente dagli atti, nonché esprimendo autonome valutazioni, sia pur con la condivisione dei rilievi del R.U.P, anch'esse esenti da profili di illogicità, irrazionalità ed erroneità manifeste.

2.4. Sono infondate anche le censure con le quali il ricorrente contesta la valutazione negativa espressa dalla Commissione di gara, secondo cui nell'offerta non è stato "*presentato alcun servizio ritenuto significativo*" e attribuito un punteggio pari a 0, in ordine al criterio (n.1) "*professionalità e adeguatezza dell'offerta"*.

In particolare, la lettera d'invito, quanto al criterio n.1, ha precisato che "*gli operatori economici concorrenti dovranno presentare un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti significativi della propria capacità a realizzare la prestazione richiesto sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili affini e analoghi, per caratteristiche, a quelli oggetto dell'affidamento, già svolti o in fase d'esecuzione …per la comprova del requisito l'operatore economico dovrà allegare: nel caso di servizio espletato presso la Pubblica Amministrazione, copia di comprova di quanto dichiarato; nel caso di servizio espletato presso privati, ogni mezzo idoneo alla comprova*".

A pagina 10, la lettera d'invito, sempre con riferimento al medesimo criterio 1 - professionalità e adeguatezza dell'offerta, è inoltre specificato che le "*REFERENZE – SCHEDE DESCRITTIVE (Servizi svolti per prestazioni*

analoghe/affini)" devono essere "sottoscritte dal professionista/i che ha/hanno svolto il servizio"; "i soggetti concorrenti presentano un massimo di n.3 (tre) referenze desunte da schede descrittive contenenti anche elaborati grafici e/o foto"; "le referenze devono riferirsi a prestazioni di Progettazione, Direzioni Lavori, Coordinamento della Sicurezza fase di Progettazione ed Esecuzione, su interventi qualificabili affini a quelli oggetto della gara"; "in caso di mancata presentazione di una referenza, la Commissione tecnica assegnerà 0 punti per la referenza mancante"; - "per ogni referenza devono essere inserite elaborazioni grafiche e/o foto, che il concorrente ritiene idonee a dimostrare la propria qualificazione professionale".

Alla luce delle citate prescrizioni di gara, del tutto legittimo è l'operato della Commissione, nell'attribuire al ricorrente punti 0 per il criterio suddetto, avendo lo stesso elencato i servizi effettuati negli ultimi 10 anni, con annessa indicazione di importi, date e destinatari, ma omettendo di produrre i necessari elaborati tecnico-progettuali a comprova della capacità tecnica a realizzare la prestazione richiesta.

Peraltro, avendo le prescrizioni della *lex specialis* di gara natura vincolante per la Commissione di gara, la stessa non avrebbe comunque potuto attribuire alcun punteggio, sempre in ordine al criterio predetto, in assenza delle specifiche referenze sottoscritte.

2.5. Del pari infondato è l'assunto secondo il quale la Stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il c.d. "*soccorso istruttorio*".

Osserva, il Tribunale che il "*soccorso istruttorio previsto dall'art. 6, comma 1, lettera b), della L. n. 241 del 1990 non può essere invocato nei casi in cui lo stesso confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione*" (Consiglio di Stato sez. III 24 novembre 2016 n. 4930) con la conseguenza che, "*in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito alla integrazione documentale costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa*

dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando" (cfr. Consiglio di Stato, III, n. 6752/2018, che richiama, id., n. 4266/2018 e n. 2219/2016).

Nella specie, la *lex specialis* di gara era chiara e tassativa nel richiedere ai concorrenti di comprovare il requisito della idoneità tecnica e professionale mediante l'allegazione di ogni mezzo di prova adeguato a dimostrare i servizi espletati, con il deposito di adeguate referenze, dovendosi allegare, "*nel caso di servizio espletato presso la Pubblica Amministrazione, copia di comprova di quanto dichiarato; nel caso di servizio espletato presso privati, ogni mezzo idoneo alla comprova*", aggiungendosi che "*I soggetti concorrenti presentano un massimo di n. 3 (tre) referenze desunte da schede descrittive contenenti anche elaborati grafici e/o foto. Le referenze devono riferirsi a prestazioni di Progettazione, Direzioni Lavori, Coordinamento della Sicurezza fase di Progettazione ed Esecuzione, su interventi qualificabili affini a quelli oggetto della gara. In caso di mancata presentazione di una referenza, la Commissione tecnica assegnerà 0 punti per la referenza mancante. Non è consentito di inserire referenze in numero maggiore a quelle richieste, nel caso di referenze in numero maggiore saranno valutate solo le prime tre nell'ordine di presentazione. Le referenze devono riferirsi a prestazioni già ultimate o in corso alla data della lettera di invito della presente gara. Qualora una referenza sia stata eseguita congiuntamente da due o più professionisti, il professionista indicato nel Gruppo di lavoro come esecutore della prestazione deve indicare, in termini percentuali, la sua quota di esecuzione della prestazione di referenza. Per ogni referenza devono essere inserite elaborazioni grafiche e/o foto, che il concorrente ritiene idonee a dimostrare la propria qualificazione professionale*".

Avendo il ricorrente omesso di allegare gli elementi necessari per la valutazione dell'offerta tecnica e, pertanto, della sua idoneità e qualificazione professionale (in assenza della produzione dei documenti richiesti a comprova dei servizi espletati), appare evidente che ove la Stazione appaltante avesse consentito al ricorrente di

documentare, in sede di soccorso i servizi espletati, ciò avrebbe inevitabilmente influito sui punteggi e sul giudizio comparativo già espresso dalla Commissione di gara, in palese violazione delle regole della *par conditio competitorum.*

2.6. Non è condivisibile neppure la censura con la quale il ricorrente deduce che il punteggio complessivo ottenuto all'offerta nel suo insieme, pari a 60/100, sarebbe più che sufficiente all'aggiudicazione.

Piuttosto, come rilevato dal R.U.P. nella nota del 21 luglio 2020, il *"punteggio ottenuto relativamente all'offerta tecnica del ricorrente è pari a 18,155/75 (diconsi diciottovirgolacentocinquantacinque/75), che solo a seguito di riparametrazione diviene 35,00/75,00 (trentacinquevirgolazero/75)*" , sicchè il giudizio di non idoneità e convenienza dell'offerta tecnica muove dal dato obiettivo, consistente nello scarso e addirittura inesistente punteggio ottenuto, con particolare riguardo proprio al criterio n.1 *"professionalità e adeguatezza dell'offerta*" (avendo ottenuto zero punti su 40), avente peraltro la maggiore pesatura rispetto agli altri punteggi tecnici.

2.6.1.Non potrebbe neppure sostenersi che l'assenza di una soglia di sbarramento precluderebbe in astratto che l'idoneità sul piano tecnico dell'offerta potesse essere valutata a posteriori dall'Amministrazione, atteso che, secondo quieti principi giurisprudenziali dai quali non vi è ragione per decampare, se da un lato "*l'organo di gara è vincolato dai criteri e sub-criteri stabiliti nel bando, aventi la funzione di predeterminare la discrezionalità tecnica spettante alla commissione medesima, e così assicurare la trasparenza dei punteggi attribuibili e la consapevole formulazione dell'offerta per i concorrenti, dall'altro lato, l'amministrazione aggiudicatrice proprio sulla base della valutazione ottenuta in gara può invece apprezzare l'offerta in relazione ai presupposti della convenienza ed idoneità previsti dall'art.. 95, comma 12, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale rimette all'amministrazione tale valutazione, senza che la stessa sia vincolata da quella della commissione giudicatrice, rispondendo ciò ad un'immanente funzione di tutela dell'interesse pubblico da realizzare attraverso l'affidamento del contratto e di opportunità di stipularlo sulla base delle condizioni desumibili dall'offerta*

presentata in gara dal potenziale aggiudicatario" (così Consiglio di Stato, V, 27 novembre 2018, n. 6725).

In ogni caso, anche un'offerta giudicata positivamente dalla Commissione di gara, perché rispondente a criteri di valutazione stabiliti nel bando, può essere ritenuta dall'amministrazione aggiudicatrice non conveniente o idonea rispetto alle esigenze che la stessa si propone di realizzare attraverso l'affidamento del contratto (Consiglio di Stato Sez. V, 27-11-2019, n. 8091, che ha anche affermato che "*In ciò non vi è alcuna contraddittorietà nell'operato complessivo della stazione appaltante, perché la valutazione tecnica delle offerte di competenza della commissione giudicatrice e il potere di approvazione degli atti di gara spettante all'amministrazione, attraverso la non aggiudicazione proposta dalla prima, rispondono ad esigenze e si fondano su presupposti diversi*").

3. In definitiva, i provvedimenti impugnati sfuggono alle censure espresse nel ricorso e appaiono pienamente conformi all'art. 95 comma 12 del Decreto Legislativo n. 50/2016 e ss.mm. considerato, sia che il potere della S.A. di non aggiudicare la gara per ragioni di inidoneità dell'offerta presentata non è riconducibile all'esercizio del potere di autotutela bensì a ragioni di pubblico interesse discrezionalmente apprezzabili dalla P.A., sia che - nella specie - l'offerta tecnica presentata dall'unico concorrente ha ottenuto dall'apposita Commissione un punteggio pari a zero relativamente al criterio n. 1 "Professionalità e adeguatezza dell'offerta", non essendo stato presentato dall'odierno ricorrente alcun servizio ritenuto significativo, oltre al giudizio di insufficienza in relazione al criterio n. 2.1 "Descrizione della metodologia di approccio e delle modalità di esecuzione dell'incarico", ed avendo il predetto persino omesso di presentare in sede di gara ufficiosa la relazione di presentazione dei servizi svolti in ordine ad interventi ritenuti significativi della propria professionalità specifica.

3.1. Le spese processuali, ex art. 91 c.p.c., seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore del Comune di Fragagnano, in persona del legale rappresentante pro tempore, liquidate in complessivi € 1.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 26 gennaio 2021, svolta da remoto mediante applicativo Microsoft Teams, con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere, Estensore

Giovanni Gallone, Referendario

L'ESTENSORE
Patrizia Moro

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO