

Pubblicato il 17/10/2019

N. 02417/2019 REG.PROV.COLL.

N. 02163/2018 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 Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2163 del 2018, proposto da DataDesk S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Patti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

il Comune di Caltagirone, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sebastiano Bruno Caruso e Milly Barbagallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

di Guzzo Antonio, non costituito in giudizio;

***per l'annullamento,***

***previa sospensione dell'efficacia,***

- del verbale n. 4, prot. 59622 del 12 novembre 2018, della Commissione di valutazione verifica documenti presso il Comune di Caltagirone, avente ad oggetto la selezione pubblica per incarico di responsabile del trattamento dei dati (DPO);
- della nota del Segretario generale del Comune di Caltagirone, prot. n. 61035 del 20 novembre 2018, avente ad oggetto il reclamo dell'avv. Alessandro Patti avverso il citato verbale n. 4/2018;
- nonchè di tutti gli atti conseguenti e comunque connessi o successivi anche non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caltagirone;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2019 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato il 21 dicembre 2018 la società ricorrente impugna l'esito della procedura di selezione per l'affidamento dell'incarico di responsabile della protezione dei dati, durata triennale, indetta dal Comune intimato con determinazione dirigenziale n. 764 del 24 settembre 2018.

Affida il ricorso ai seguenti motivi.

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 dell'Avviso Pubblico per la manifestazione di interesse; eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione, per contraddittorietà e per manifesta sproporzione tra il punteggio riconosciuto e quello dichiarato dal ricorrente; sviamento di potere; ingiustizia manifesta. In ragione della circostanza che la scheda di valutazione non avrebbe previsto la dicitura "corsi/master", quand'anche il corso di specializzazione

dichiarato dal ricorrente non avesse consentito l'attribuzione dei 4 punti del master, in ragione del principio dell'affidamento avrebbe comunque dovuto essere valutato con i 3 punti previsti per le giornate formative, mentre la Commissione avrebbe attribuito zero punti al candidato, che avrebbe comunque dichiarato e comprovato la partecipazione al corso per 80 ore formative. La Commissione di valutazione del Comune di Caltagirone avrebbe inoltre deciso in maniera manifestamente irragionevole, ritenendo che non fosse previsto alcun punteggio per un corso di specializzazione di 80 ore tenuto in 12 giornate, quando invece sarebbero attribuiti fino a 3 punti per la partecipazione a singole giornate formative.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Cost.; violazione e falsa applicazione dell'Avviso Pubblico per la manifestazione di interesse; eccesso di potere per difetto di istruttoria e per carenza di motivazione, per violazione del principio di imparzialità e per erronea valutazione dei fatti e per travisamento. Sarebbe poi illegittima la determinazione della Commissione di Valutazione di cui al secondo atto impugnato in riscontro al reclamo presentato dal ricorrente. Con tale reclamo il ricorrente avrebbe dedotto che la certificazione posseduta, ove non ritenuta idonea all'attribuzione del punteggio previsto per i Master, avrebbe comunque dato titolo all'attribuzione dei 3 punti previsti per la partecipazione a giornate formative, trattandosi di un corso di 12 giornate, ed essendo le giornate formative valutate 0,5 punti ciascuna. Sarebbe in proposito illegittima la motivazione del rigetto, secondo cui l'attestazione sarebbe stata prodotta dopo la presentazione della domanda, atteso che non era prevista in fase di domanda la produzione della documentazione comprovante le dichiarazioni, come dimostrato in base al punto 8 – “Ulteriori informazioni” dell'Avviso, secondo cui tale documentazione sarebbe stata richiesta ai professionisti solamente “Prima della sottoscrizione del contratto”. Sarebbe inoltre stato nel pieno potere della

Commissione valutare tutti i documenti prodotti dal ricorrente con la manifestazione di interesse e modificare il punteggio auto attribuito dallo stesso riconducendolo alla corretta voce di pertinenza, nessuna norma vietando alla Commissione di rettificare il punteggio, in aumento o in diminuzione, a seguito della valutazione della documentazione a comprova di quanto dichiarato, come peraltro avvenuto in occasione del precedente reclamo presentato dall'odierno controinteressato.

Il Comune intimato si è costituito, spiegando difese in rito e nel merito.

In particolare:

- in rito ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della società ricorrente, carenza di legittimazione attiva e assenza di condizione dell'azione: il ricorso sarebbe inammissibile perché posto in essere da un soggetto (la società Datadesk) non titolare della posizione di interesse fatta valere in giudizio, che apparterebbe ad un diverso soggetto (l'Avv. Alessandro Patti), unico titolare della posizione attiva tutelabile processualmente; inoltre la società ricorrente non avrebbe partecipato alla procedura, essendo stata la domanda presentata dall'avv. Alessandro Patti;

- nel merito, ha spiegato difese in sintesi così riassumibili: a) nella tabella di cui all'art. 7 dell'avviso sarebbe espressamente previsto che il conseguimento di un Master avrebbe determinato il diritto ad indicare 4 punti e la partecipazione alle giornate formative 0,5 punti per ogni giornata fino ad un massimo di 3 punti; la documentazione, insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente, sarebbe stata presentata fuori termine; b) la non veridicità della dichiarazione sostitutiva presentata comporterebbe la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti, implicando la perdita dell'intero punteggio.

Con ordinanza 31 gennaio 2019, n. 77, la domanda cautelare è stata rigettata sul presupposto della assenza di un pregiudizio grave ed irreparabile.

All'udienza pubblica del 9 ottobre 2019 la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione.

Tanto premesso in fatto, il ricorso è ammissibile e fondato.

In punto di ammissibilità, il ricorso risulta proposto da DataDesk srl, in persona del legale rappresentante Avv. Alessandro Patti; la domanda di partecipazione alla procedura di cui si tratta (allegato al ricorso *sub* 2) risulta presentata – peraltro riempiendo un modello predisposto dal Comune resistente – da: «...*Il sottoscritto Alessandro Patti [...] in qualità di legale rappresentante della ditta/associazione DataDesk S.r.l. ...*».

Non sussiste pertanto la discrepanza, su cui il Comune fonda la sua eccezione in rito, fra il soggetto partecipante alla procedura e quello proponente il ricorso.

Nel merito, va anzitutto precisato che l'amministrazione non ha dichiarato vincitore altro partecipante alla procedura perché parte ricorrente avrebbe partecipato come persona giuridica, ma in ragione della valutazione del punteggio da assegnare ad un titolo; le questioni indicate nella memoria del Comune del 5 settembre 2019 in ordine alla impossibilità di partecipare all'appalto da parte di una persona giuridica costituiscono quindi integrazione postuma della motivazione, come noto pacificamente non consentita in sede giurisdizionale (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770).

Peraltro, la posizione espressa dal Comune in tale memoria appare comunque espressa in violazione della normativa applicabile al caso di specie.

La Direttiva 95/46/CE ha istituito con l'art. 29 un organo consultivo con il compito di contribuire all'applicazione omogenea delle norme nazionali di attuazione.

Tale organo ha preso il nome di *Working Party article 29* – in breve *WP29* – composto da un rappresentante di ciascuna Autorità Garante per ogni Stato membro.

Il Regolamento UE n. 679/2016 (GDPR) ha confermato le prerogative del predetto Organo, istituendo il Comitato europeo per la protezione dei dati ed il rilievo delle linee guida, raccomandazioni e migliori pratiche da esso emanati (cfr. artt. 68-70).

Le *Linee Guida sulla figura del Responsabile della Protezione dei Dati* (WP243 rev. 01) adottate il 13 dicembre 2016 e emendate il 5 aprile 2017, al punto 2.5, hanno previsto espressamente che: «...*La funzione di RPD può essere esercitata anche in base a un contratto di servizi stipulato con una persona fisica o giuridica esterna all'organismo o all'azienda titolare/responsabile del trattamento...*» (pag. 16), peraltro citando espressamente la possibilità di un «...*team RPD...*» (*ibidem*).

Una tale interpretazione appare in linea con la complessità delle moderne organizzazioni e degli adempimenti connessi alla normativa sulla protezione dei dati: si pensi ad esempio, alla designazione del responsabile della protezione dei dati nei casi di trattamenti “su larga scala” di cui all’art. 37 del Reg. 679/2016.

A seguire, i motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente, attesa la connessione delle questioni con essi prospettate.

Questione dirimente è se il Comune abbia legittimamente escluso ogni punteggio per il titolo di cui si tratta, qualificato da parte ricorrente in sede di domanda nell’ambito della categoria (così indicata nel modello predisposto dall’amministrazione) “master di primo o secondo livello”.

Al riguardo, si legge nel verbale n. 4 della seduta del 12 novembre 2018 che «...*l'avv. Alessandro Patti, opportunamente compulsato per produrre il certificato, o copia autentica, del Master di 1° o 2° livello sulla sicurezza informatica e tutela della privacy, come dichiarato dallo stesso nell'istanza di partecipazione alla selezione in oggetto (documento che dava*

*diritto a punti 4), ha prodotto, con prot. N. 59558 del 12/11/2018, un attestato di partecipazione all'Executive Program in "Il Data Protection Officer e il Privacy Consultant" della durata di 80 ore. Tale certificato non comprova il possesso del Master richiesto dal bando, pertanto i 4 punti precedentemente attribuiti vengono decurtati dal punteggio finale...».*

L'amministrazione avrebbe infatti dovuto verificare se tale titolo non ricadesse nell'ambito di altre categorie di titoli valutabili.

In linea generale, intanto, la valutazione dei titoli è obbligo dell'amministrazione, non potendo essere demandata al concorrente se non in via preventiva e provvisoria.

In proposito, coerentemente, il punto 8 dell'avviso (depositato dal Comune intimato in data 15 gennaio 2019 *sub* 3) prevede che «...*Prima della sottoscrizione del contratto si chiederanno ai professionisti ammessi alla procedura di comprovare il possesso dei titoli professionali...*», da ciò discendendo che l'amministrazione avrebbe dovuto provvedere alla acquisizione dei titoli indicati in tutte le domande di partecipazione ammesse alla procedura, evidentemente allo scopo di verificarne l'esistenza e la natura.

Sotto altro profilo, la previsione di cui al punto 8 fa giustizia dell'argomentazione del Comune circa la tardività della produzione della documentazione, atteso che essa non andava presentata con la domanda.

Inoltre, l'autodichiarazione di cui agli artt. 46 e 47 del TU sulla documentazione amministrativa può avere ad oggetto «...*stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato...*», non potendo quindi avere ad oggetto una valutazione personale (quale, per quanto di interesse, la natura di un intervento formativo e, vieppiù, il punteggio da riconoscere sulla base di tale natura).

Diverso, in ipotesi, il caso in cui il concorrente autodichiarasse l'esistenza di un titolo inesistente, ciò che tuttavia non è nel caso di specie, come espressamente indicato nel citato verbale n. 4, in cui si dà atto della presentazione di «...*un attestato*

*di partecipazione all'Executive Program in "Il Data Protection Officer e il Privacy Consultant" della durata di 80 ore...», discutendosi solo della natura di tale titolo, e non della sua esistenza.*

Conseguentemente, l'amministrazione avrebbe dovuto valutare se tale titolo non rientrasse nell'ambito di altre categorie di titoli, assegnandogli eventualmente il relativo punteggio e non escludere l'attribuzione di qualunque punteggio per tale titolo (peraltro, commettendo un errore di calcolo consistente nella decurtazione di 5 punti, e non dei 4 dichiarati, avendo portato il punteggio di 29,00 punti attribuito a parte ricorrente nei verbali n. 2 e 3 al punteggio di 24,00 punti).

La fondatezza della domanda annullatoria non può tuttavia condurre alla determinazione del punteggio da parte di questo Giudice, come richiesto da parte ricorrente a pag. 18 del ricorso, richiamata la condivisibile giurisprudenza, da cui questo Collegio non ravvisa motivo di discostarsi, secondo cui la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciutale (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2019, n.4865).

Va quindi accolta, assorbiti ogni motivo o censura non espressamente delibati, la domanda annullatoria dei provvedimenti impugnati.

L'effetto conformativo discendente dalla presente pronuncia comporta che, in sede di riedizione del potere, l'amministrazione resistente dovrà rinnovare la procedura di cui si tratta a partire dalla effettuazione di nuova valutazione, a mezzo di diversa commissione giudicatrice (sul punto, Cons. Stato, Sez. VI, 16 novembre 2015, n. 5214), dei titoli di parte ricorrente.

Le spese seguono la soccombenza, venendo liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione III), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe



proposto: a) lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; b) condanna il Comune resistente al pagamento, nei confronti di parte ricorrente, delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, nonché alla rifusione del contributo unificato corrisposto da parte ricorrente.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Giuseppa Leggio, Consigliere

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Diego Spampinato**

**IL PRESIDENTE**  
**Daniele Burzichelli**

IL SEGRETARIO