

TAR Lazio, Sezione Seconda Bis, Sentenza n. 6546 del 4 aprile 2024

Appalti di lavori – D.lgs. 36/2023 – No incompatibilità per commissario di gara che ha preparato documentazione della procedura

Pubblicato il 04/04/2024

N. 06546/2024 REG.PROV.COLL.

N. 15829/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 15829 del 2023, proposto da (...) S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. (...) che la rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

COMUNE DI (...), in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati (...) che lo rappresentano e difendono nel presente giudizio

nei confronti

- (...) S.R.L., in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con (...) spa e (...) srl, in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia,

dell'avv. (...) che la rappresenta e difende nel presente giudizio;

- MINISTERO (...), in persona del Ministro p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege lo rappresenta e difende nel presente giudizio;

- (...), in persona del Presidente p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege la rappresenta e difende nel presente giudizio;

- MINISTERO (...), in persona del Ministro p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege lo rappresenta e difende nel presente giudizio;

- (...), in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege la rappresenta e difende nel presente giudizio;

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- determinazione dirigenziale n. 1323 del 17/10/23 con cui la Struttura Unica Appaltante tra i Comuni di (...), (...) ed (...) ha approvato i verbali di gara dal n. 1 del 10/08/23 e seguenti e il nuovo quadro economico rielaborato sulla base dell'offerta dell'aggiudicataria, relativi alla procedura aperta di cui all'art. 60 d. lgs. n. 50/16 per l'affidamento dell'appalto dei lavori di realizzazione del percorso pedonale per la riqualificazione di Lungomare delle Meduse, ed ha disposto l'aggiudicazione in favore della costituenda ati (...) s.r.l. (mandataria/capogruppo), (...) s.p.a. e (...) s.r.l.(mandanti);

- provvedimento n. 57 del 10/08/23 con cui la Struttura Unica Appaltante ha nominato i componenti della commissione di gara per la valutazione delle offerte.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2024 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 15/11/23 e depositato il 27/11/23 la (...) s.r.l. ha impugnato la determinazione dirigenziale n.1323 del 17/10/23, con cui la Struttura Unica Appaltante tra i Comuni di (...), (...) ed (...) ha approvato i verbali di gara dal n. 1 del 10/08/23 e seguenti e il nuovo quadro economico rielaborato sulla base dell'offerta dell'aggiudicataria, relativi alla procedura aperta di cui all'art. 60 d. lgs. n.50/16 per l'affidamento dell'appalto dei lavori di realizzazione del percorso pedonale per la riqualificazione di Lungomare delle Meduse, ed ha disposto l'aggiudicazione in favore della costituenda ati (...) s.r.l.(mandataria/capogruppo), (...) s.p.a. e (...) s.r.l. (mandanti), e il provvedimento n. 57 del 10/08/23, con cui la Struttura Unica Appaltante ha nominato i componenti della commissione di gara per la valutazione delle offerte.

La (...) s.r.l. ed il Comune di (...), costituitisi in giudizio con comparse depositate rispettivamente in date 29/11/23 e 30/11/23, hanno concluso per l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame.

Con ordinanza n. 7939/23 del 04/12/23 il Tribunale ha ordinato l'integrazione del contraddittorio, ha preso atto della rinuncia di parte ricorrente alla domanda cautelare ed ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del 20/03/24.

All'esito dell'integrazione del contraddittorio, con comparsa depositata il 18/01/24 si sono costituiti in giudizio la (...) ed i Ministeri (...) e (...) i quali hanno chiesto il

rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 20/03/24 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale il Tribunale rileva che il Comune di (...) ha dedotto l'irricevibilità del gravame per tardività dell'impugnazione dell'atto di nomina della commissione.

L'eccezione è infondata e deve essere respinta in quanto, come evidenziato da un costante orientamento giurisprudenziale (per il quale, tra le altre, Adunanza Plenaria n. 4/18), nelle procedure di gara l'onere di immediata impugnativa concerne le sole previsioni aventi natura escludente o che rendano impossibile od eccessivamente difficoltosa la partecipazione del concorrente alla gara mentre negli altri casi la lesione dell'interesse all'impugnativa diviene concreta ed attuale solo con il provvedimento di aggiudicazione.

Nel merito, il ricorso è infondato.

La (...) s.r.l. impugna la determinazione dirigenziale n. 1323 del 17/10/23, con cui la Struttura Unica Appaltante tra i Comuni di (...), (...) ed (...) ha approvato i verbali di gara dal n. 1 del 10/08/23 e seguenti e il nuovo quadro economico rielaborato sulla base dell'offerta dell'aggiudicataria, relativi alla procedura aperta di cui all'art. 60 d.lgs. n. 50/16 per l'affidamento dell'appalto dei lavori di realizzazione del percorso pedonale per la riqualificazione di Lungomare delle Meduse, ed ha disposto l'aggiudicazione in favore della costituenda ati (...) s.r.l.(mandataria/capogruppo), (...) s.p.a. e (...) s.r.l. (mandanti), e il provvedimento n. 57 del 10/08/23, con cui la Struttura Unica Appaltante ha nominato i componenti della commissione di gara per la valutazione delle offerte.

Nell'ambito della procedura in esame la ricorrente si è classificata al sesto posto con 41,63 punti mentre la gara è stata aggiudicata con punti 91,00 al raggruppamento temporaneo d'impresе con capogruppo la controinteressata (...) s.r.l..

Con la prima censura la ricorrente invoca l'annullamento degli atti impugnati e la ripetizione della gara prospettando la violazione e falsa applicazione dell'art. 77 d. lgs. n. 50/16 ed eccesso di potere sotto vari profili in quanto nella fattispecie si sarebbe verificata la concentrazione, in capo alla medesima persona fisica, delle funzioni proprie della fase di preparazione della documentazione di una gara pubblica con quelle della successiva fase di valutazione delle offerte, in violazione dell'art. 77 comma 4 d. lgs. n. 50/16; in particolare, l'ing. (...), da una parte, ha individuato un professionista al quale ha conferito l'incarico di progettare l'intervento oggetto della gara, ha approvato il progetto esecutivo e definitivo dei lavori ed il corrispondente progetto per il coordinamento della sicurezza, ha individuato i professionisti per la verifica del progetto elaborato ed approvato il relativo schema di contratto, ha indetto la procedura di gara, ha sottoscritto il bando e il disciplinare, ha nominato la commissione di gara indicando la propria persona quale Presidente e, dall'altra, ha partecipato, in qualità di Presidente della commissione stessa, alla concreta valutazione delle offerte pervenute, ha approvato tutti i verbali di gara ed ha aggiudicato, in via provvisoria, i lavori oggetto della gara di appalto e, successivamente, in qualità di dirigente, in via definitiva, l'appalto; tale *modus procedendi* avrebbe comportato la violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità anche in ragione della condizione di soggezione dei componenti della commissione rispetto al Presidente in virtù del vincolo di subordinazione gerarchica tra di loro esistente.

Il motivo è infondato.

Secondo l'art. 77 comma 4 d. lgs. n. 50/16, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie ex artt. 225 e 229 d. lgs. n. 36/23, essendo il bando stato pubblicato il 28/07/23, “*i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*”.

La *ratio* della disposizione in esame deve essere individuata nell'esigenza di preservare l'autonomia di giudizio dei commissari che potrebbe essere inficiata dall'averne gli stessi svolto, in precedenza, una funzione amministrativa (programmazione, progettazione, predisposizione degli atti di gara ecc.) nell'ambito della medesima procedura di gara.

Dagli atti risulta che l'ing. (...), dirigente Responsabile del Settore V – Lavori Pubblici e Progettazione del Comune di (...), con determinazione n. 871 del 15/06/23 ha approvato il progetto esecutivo dell'opera e la determinazione a contrarre, con determinazione n. 57 del 10/08/23 (adottata quale responsabile della Struttura Organizzativa operante come Stazione Unica Appaltante) ha nominato la Commissione di gara, assegnando a sé la funzione di presidente, ha partecipato alle sedute della commissione stessa e con determinazione dirigenziale n. 1323 del 17/10/23 ha approvato gli atti di gara e la proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione.

Ciò posto, il Tribunale ritiene che la causa d'incompatibilità prevista dall'art. 77 comma 4 d. lgs. n. 50/16 non sia nella fattispecie applicabile.

Nell'ipotesi in esame, infatti, viene in rilievo il disposto dell'art. 107 comma 3 lettera a) d. lgs. n. 267/00 il quale attribuisce al dirigente, in via esclusiva, “*la presidenza delle commissioni di gara e di concorso*”.

Tale disposizione deve ritenersi applicabile alla fattispecie in deroga al disposto dell'art. 77 comma 4 d. lgs. n. 50/16.

In proposito, va evidenziato che la causa d'incompatibilità prevista dall'art. 77 comma 4 d. lgs. n. 50/16 non è espressione di un principio generale ed indefettibile delle procedure ad evidenza pubblica ma semplicemente il frutto di una scelta legislativa conseguente ad una valutazione di mera opportunità finalizzata a preservare l'autonomia di giudizio dei commissari che hanno svolto altre funzioni amministrative nell'ambito della medesima procedura; tale autonomia, però, facendo riferimento a funzioni amministrative già svolte, non si

identifica con l'imparzialità che, ai sensi dell'art. 97 Cost., deve necessariamente caratterizzare l'attività della pubblica amministrazione (e, con riferimento all'ipotesi in esame, dei componenti dell'organo collegiale) e che attiene al diverso piano della ponderazione degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie.

Del resto, che tale causa d'incompatibilità sia l'espressione di una scelta legislativa e non già di un principio generale necessario è confermato dalla successiva evoluzione normativa: infatti, l'art. 93 d. lgs. n. 36/23 (non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie), ha eliminato l'ipotesi di incompatibilità endoprocedimentale perché, come emerge dalla relazione illustrativa del nuovo codice, tale incompatibilità *“aveva comportato disagi alle stazioni appaltanti (specie di dimensioni ridotte) impedendo loro di nominare commissari dipendenti che nelle fasi precedenti della procedura si erano occupati dell'appalto”* per cui *“si è reputato opportuno superare la presunzione di condizionamento sulla scelta dell'aggiudicatario, preferendo l'idea che essi, conoscendo in maniera più approfondita l'oggetto dell'appalto, possano più agevolmente individuare l'offerta migliore”*.

La prevalenza dell'applicazione, nella fattispecie, dell'art. 107 comma 3 lettera a) d. lgs. n. 267/00 e la conseguente inapplicabilità della causa d'incompatibilità prevista dall'art. 77 comma 4 d. lgs. n. 50/16 è supportata da una serie di considerazioni.

A livello sistematico, tale opzione ermeneutica è coerente con il ruolo attribuito, negli enti locali, alla figura del dirigente al quale l'art. 107 d. lgs. n. 267/00 espressamente riconosce la competenza esclusiva in riferimento sia all'adozione degli atti a rilevanza esterna che alla presidenza delle commissioni di gara (oltre che di concorso).

Tale commistione di funzioni, per effetto della quale negli enti locali il dirigente contestualmente approva gli atti di gara e presiede la relativa commissione, risponde all'esigenza di garantire l'espletamento ottimale delle funzioni dirigenziali attraverso il controllo totale della procedura in tutte le sue fasi.

Questa impostazione, è coerente con una pluralità di principi costituzionali.

Viene, in rilievo, innanzi tutto, la garanzia costituzionale delle funzioni amministrative degli enti locali riconosciuta dall'art. 128 Cost.; a livello di legge ordinaria, tale rilevanza è espressamente sancita dal disposto dell'art. 1 comma 4 d. lgs. n. 267/00 secondo cui, *“ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione, le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni”*.

La tesi che, in ossequio al disposto dell'art. 107 d. lgs. n. 267/00, riconosce al medesimo dirigente che abbia adottato gli atti di gara anche il compito di presiedere la commissione, è, poi, in sintonia con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., come, del resto, desumibile anche dalla relazione di accompagnamento al nuovo codice laddove ritiene che, in tal modo, i commissari *“conoscendo in maniera più approfondita l'oggetto dell'appalto, possano più agevolmente individuare l'offerta migliore”*.

Entrambi questi principi costituzionali inducono il Collegio a non condividere il richiamo della ricorrente alla sentenza del Consiglio di Stato la quale, in merito al rapporto tra gli artt. 77 comma 4 d. lgs. n. 50/16 e 107 comma 3 lettera a) d. lgs. n. 267/00, ha evidenziato che, *“in ragione della sua portata generale, eventuali deroghe al divieto di cui all'art. 77 comma 4 cit. devono essere necessariamente oggetto di espressa previsione normativa, che non è però dato individuare nel disposto dell'art. 107, comma 3 d.lgs. n. 267 del 2000, come invece ritenuto nella sentenza appellata. Tale norma si limita infatti a prevedere, in termini generali, l'attribuzione ai dirigenti comunali – tra l'altro – della “presidenza delle commissioni di gara e di concorso”, ma nulla dice in merito alla possibilità che lo stesso dirigente venga in concreto a svolgere, nell'ambito della singola procedura di gara o di concorso, più incarichi relativi a fasi diverse della stessa, aspetto cui si riferisce invece il divieto posto dall'art. 77 comma 4 del Codice dei contratti pubblici. In questi termini va quindi ribadito il principio secondo cui l'art. 107 cit. “non afferma il principio del cumulo nella stessa persona delle funzioni di presidente della Commissione e di responsabile dell'istruttoria, ma semplicemente enuclea le «funzioni e responsabilità della dirigenza»”* (ex multis, Cons. Stato, V, 17 aprile 2020, n. 2471; V,9

gennaio 2019, n. 193) (così Cons. Stato n. 1785/23).

La tesi del Consiglio di Stato, infatti:

- da una parte non tiene conto del peculiare modello organizzativo degli enti locali quale delineato dal d. lgs. n. 267/00 il cui art. 1 comma 3, non a caso, stabilisce che ogni deroga ad esso deve necessariamente comportare la modifica espressa delle disposizioni del TUEL;

- dall'altra, postulando la contemporanea vigenza delle due norme, comporta che chi approva gli atti di gara e chi presiede la commissione debbano essere persone fisiche diverse anche se entrambe in possesso della qualifica dirigenziale; ne deriva che, salvo i casi in cui al servizio che si occupa di appalti siano addetti e/o preposti più dirigenti:

a) il presidente della commissione sarà un dirigente di altro servizio il che potrebbe risultare di problematica praticabilità in relazione alla necessaria competenza specifica richiesta ai commissari dall'art. 77 comma 1 d. lgs. n. 50/16;

b) in alternativa, gli atti di gara saranno sostanzialmente e formalmente adottati da un dirigente di un servizio diverso il che, oltre ad essere dissonante con il principio di buon andamento, frustra, in concreto, la funzione di supervisione e controllo che l'art. 107 d. lgs. n. 267/00 riconosce alla figura del dirigente.

Per questi motivi, il Collegio ritiene di dovere aderire all'orientamento del giudice di appello, più risalente e formatosi in riferimento all'art. 84 d. lgs. n. 163/06 la cui disciplina è, in *parte qua*, analoga a quella dell'art. 77 comma 4 d.lgs. n. 50/16, secondo cui *“ai sensi dell'art. 107 D. Lgs. n. 267-00, tra le attribuzioni dirigenziali, figura espressamente anche quella di assumere la presidenza delle commissioni di gara. L'ampliamento della sfera di responsabilità, facenti capo al dirigente, delineatosi a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, infatti, ha rafforzato l'esigenza che il medesimo dirigente sia posto in grado di seguire, in prima persona, le procedure dei cui esiti è responsabile. Così come non vi è incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, analogamente deve ritenersi nel caso di un dirigente dell'ente locale che ha svolto le*

funzioni di presidente del seggio e di responsabile del procedimento al quale sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara” (così espressamente Cons. Stato n.2445/12; nello stesso senso Cons. Stato n. 3890/10, Cons. Stato n. 3716/09, Cons. Stato n. 1361/08, Cons. Stato n. 5322/03; TAR Lazio – Roma n. 2290/24, TAR Lazio - Roma n. 17526/22 quest’ultima non appellata).

La ricorrente, a supporto della prospettata violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, prospetta anche che la commissione di gara avrebbe ravvisato la sostanziale identità delle offerte tecniche contenute nei plichi n. 1 e n. 8 presentate rispettivamente dalla costituenda A.T.I. (...) srl (mandataria) – (...) (mandante) e dal costituendo R.T.I. (...) s.r.l. (mandataria) – (...) srl (mandante), per quanto riguarda il criterio 4. ‘Varianti migliorative delle caratteristiche tecniche e funzionali dei materiali edilizi ai fini di una maggiore facilità di manutenzione’, e che, pur richiamando l’art. 80 comma 5 lettera m) d. lgs. n. 50/16, non avrebbe comminato la sanzione prevista dal legislatore per tali fattispecie assumendo così *“un atteggiamento presuntuoso e “praeter legem” idoneo ad alimentare ancor di più il già formato giudizio di violazione dei principi generali posti a presidio del buon agire amministrativo. Altresì singolare è la coincidenza temporale tra l’atto di nomina della commissione di gara e la prima seduta di riunione della stessa”*; in ogni caso, l’identità delle offerte migliorative sarebbe sostanzialmente riconducibile al fatto che le stesse prevederebbero l’uso di materiali di elevatissima qualità forniti da un’unica impresa.

La doglianza in esame è infondata se riguardata come argomentazione posta a supporto della dedotta illegittimità della composizione della commissione.

Richiamato quanto in precedenza evidenziato circa la legittimità della composizione dell’organo collegiale, il Tribunale, in questa sede, evidenzia solo che la coincidenza temporale tra atto di nomina e prima seduta della commissione è circostanza di fatto priva di alcuna significatività ai fini della legittimità della composizione della commissione mentre non risultano lamentate specifiche

illegittimità nelle operazioni valutative di tale organo.

Per quanto concerne, poi, il collegamento sostanziale ravvisato dalla commissione, la ricorrente prospetta che la mancata esclusione paleserebbe un atteggiamento “*presuntuoso e praeter legem*” della commissione.

La doglianza non risulta invero agevolmente comprensibile: la ricorrente, infatti, sostanzialmente lamenta l’illegittimità della propria mancata esclusione ma, sotto tale profilo, la censura è evidentemente inammissibile per carenza d’interesse.

Tale carenza d’interesse sarebbe, altresì, ravvisabile nell’ipotesi in cui la ricorrente avesse inteso lamentare l’illegittimità del mancato conseguimento del punteggio (10 punti) previsto dal criterio di valutazione n. 4 in quanto la relativa mancata attribuzione non sarebbe di alcuna utilità ai fini dell’aggiudicazione stante il divario (oltre 40 punti) esistente tra la posizione della ricorrente e la prima classificata.

Per questi motivi il ricorso è, nel suo complesso, infondato e deve essere respinto.

L’inesistenza di un orientamento giuridico consolidato sulla principale questione giuridica oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) respinge il ricorso;
- 2) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

L'ESTENSORE

Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE

Pietro Morabito

IL SEGRETARIO