

Tar Molise, sezione Prima, sentenza n. 122 del 6 marzo 2018

Commissione Aggiudicatrice – Applicazione disciplina codice De Lise

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 360 del 2017, proposto dalla Società Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto presso lo studio Avv in Campobasso, via

contro

Provincia di Isernia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. in Campobasso, via

nei confronti di

.... Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Campobasso, corso

per l'annullamento

della determina dirigenziale n. 622 del 2/8/2017 di aggiudicazione della n. 20/2016 per l'affidamento in appalto dei lavori di “S.P. 59 Fresilia - Ripristino funzionalità tratto in essere – Sistemazione dei movimenti franosi adiacenti lo svincolo di Casalciprano e messa in sicurezza tratti alterni”. CIG: 6697251A5A - CUP H97H15000240002 e della relativa nota di comunicazione n. 11158 del 3/8/2017;
- determina dirigenziale n. 657 del 29/06/2016 di aggiudicazione provvisoria;

- dei verbali di gara tutti n. 1385/1/2/3/4, e di tutti gli atti ivi richiamati e degli accertamenti istruttori;

del provvedimento di nomina della Commissione Giudicatrice determina dirigenziale n° 592 del 08/06/2016, del Regolamento di organizzazione della Provincia, del Bando di Gara (e della determina di approvazione di pari data), del relativo Disciplinare e del Capitolato speciale, nonché del provvedimento di nomina del gruppo di progettazione determina n 138/2005 e determina n. 927/2016 se ed in quanto necessario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Isernia e di Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2018 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando n. 20 prot. n. 11737 del 20.05.2016 la Provincia di Isernia ha indetto ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. n. 50/2016, una procedura aperta per l'affidamento dei lavori "S.P. 59 Fresilia – Ripristino della funzionalità tratto in essere – Sistemazione dei movimenti franosi adiacenti lo svincolo di Casalciprano e messa in sicurezza tratti alterni" con importo a base di gara di € 617.000,00 di cui € 12.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Con determinazione n. 622 del 2.08.2017 del Settore Viabilità e Trasporti veniva disposta l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 32 del D. Lgs. n. 50/2016, in favore della Società S.r.l..

La ... s.r.l. in ATI con la s.r.l., classificatasi al terzo posto, con ricorso ritualmente e tempestivamente notificato ha impugnato gli atti di gara deducendo la illegittima composizione della commissione di gara, in particolare con riferimento alla presunta incompatibilità di alcuni membri della commissione e della mancanza di idonea competenza professionale in capo agli stessi in quanto privi del titolo di ingegnere.

Con ordinanza n. 178/2017 è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 10 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

Quanto alla ammissibilità del ricorso in relazione alla tutelabilità del mero interesse strumentale alla rinnovazione della gara, occorre rammentare – sebbene non vi siano specifiche contestazioni sul punto – che, come precisato dalla giurisprudenza, il concorrente che abbia partecipato alla gara, può far valere tanto l'interesse finale al conseguimento dell'appalto quanto, in via alternativa e di regola subordinata, l'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione, sempre che però, in quest'ultima ipotesi, siano sussistenti ragionevoli e concrete possibilità di ottenere l'utilità richiesta, dovendosi evitare la soddisfazione di aspettative meramente ipotetiche od eventuali collegate alla sfera della più ampia disponibilità dell'Amministrazione (T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 12/05/2016, n. 1773; Consiglio di Stato, Ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4; 25 febbraio 2014, n. 9).

Ed infatti, in caso di impugnazione degli atti di una gara pubblica, il ricorrente deve dimostrare di avere un interesse effettivo e concreto, provando in particolare che, in caso di legittima celebrazione della gara, egli sarebbe riuscito a collocarsi al primo posto nella graduatoria finale: l'eventuale violazione della procedura censurabile in giudizio deve quindi concretarsi in una lesione effettiva della posizione del ricorrente stesso, per cui, in mancanza di un "indice di lesività" specifico e concreto, non può ammettersi un annullamento della procedura al fine strumentale di una rinnovazione

della gara (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23/04/2015; Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571; sez. III, primo settembre 2014, n. 4449).

Nel caso di specie, deve ritenersi sussistente il nesso di causalità tra violazione procedimentale ed interesse alla aggiudicazione in quanto la ricorrente ha specificamente allegato che proprio la illegittima composizione della commissione di gara, anche in relazione al deficit di competenze specialistiche, non avrebbe consentito una corretta valutazione della propria offerta tecnica con conseguente penalizzazione nella attribuzione del punteggio. La concreta attitudine della violazione a cagionare una lesione della posizione sostanziale della ricorrente trova altresì conferma nella sua collocazione al terzo posto nella graduatoria finale, posizione sintomatica della esistenza di una effettiva chance di aggiudicazione.

Sempre in merito all'interesse strumentale, nulla è dato sapere con precisione circa la tempistica del finanziamento regionale e, in particolare, circa il termine perentorio ultimativo per l'assunzione delle obbligazioni giuridicamente vincolanti pena la revoca del finanziamento medesimo, sicchè allo stato deve presumersi che un ipotetico annullamento ed i tempi di rinnovazione della gara sarebbero compatibili con l'esigenza di non perdere il finanziamento, circostanza che diversamente priverebbe in radice il ricorrente di ogni interesse alla rinnovazione delle operazioni di gara.

Nel merito il ricorso è infondato per le ragioni che si esplicitano di seguito in applicazione del principio di sinteticità degli atti processuali.

1. La dedotta violazione della disciplina sull'incompatibilità tra il ruolo di Presidente di gara e quello di componente il Gruppo di Progettazione dei lavori messi in gara, secondo quanto previsto dall'art. 77, comma 4 del d. lgs. n. 50/2016, è insussistente in quanto, non essendo ancora stato istituito alla data di pubblicazione del bando l'Albo nazionale dei Commissari di gara, di cui all'art. 78 del D.Lgs. n. 50/2016, ai sensi della disciplina transitoria di cui all'art. 216, comma 12, del nuovo codice dei

contratti trova ancora applicazione l'art. 84, comma 4, del previgente d. lgs. n. 163/2006 che esclude espressamente da tale regime di incompatibilità il Presidente della commissione (TAR Lazio, Roma sez. I- quater n. 10034/2017; TAR Lazio Roma, Sez. II, 15 maggio 2017, n. 5780; TAR Sicilia Catania, Sez. III, 6 dicembre 2016, n. 3165; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 19 dicembre 2016, n. 1757).

Non appare infatti persuasiva la diversa tesi (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 25 maggio 2017, n. 825) per cui la pregressa disciplina dell'art. 84 varrebbe solo per i criteri di nomina ma non per il regime di incompatibilità, dovendosi a tal fine applicare la nuova disciplina di cui all'art. 77, comma 4 del d. lgs. n. 50/2016 che estende l'incompatibilità a tutti i membri, compreso il Presidente, poiché, accedendo a tale seconda interpretazione, si opererebbe un artificioso frazionamento del contenuto dispositivo della norma oggetto del rinvio nel regime transitorio – peraltro foriero di incertezze interpretative - laddove, in assenza di una chiara disposizione di segno opposto, appare maggiormente coerente applicare il nuovo regime di incompatibilità solo all'entrata in vigore dei nuovi criteri di scelta dei commissari di gara, essendo evidente il nesso funzionale tra criteri di nomina e regime delle incompatibilità.

2. Illegittimità della nomina del Geom. in qualità di Componente la Commissione di gara avendo questi fatto parte del Gruppo di Progettazione dei lavori messi in gara.

La censura è infondata in quanto il predetto geometra ha svolto un ruolo del tutto marginale nella fase di progettazione dell'opera oggetto dell'appalto. Lo stesso non ha ricoperto alcun incarico tecnico o amministrativo nello staff incaricato della progettazione, essendo soltanto stato inserito tra i "collaboratori" con il compito di curare i rapporti e le schede di monitoraggio con la Regione Molise ente finanziatore (cfr. doc. 1 in fascicolo Provincia) come chiarito dalla Provincia e non contestato dalla ricorrente. Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che per configurare una situazione di incompatibilità non è sufficiente un qualsiasi apporto al procedimento

di redazione del progetto, necessitando, piuttosto, una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto (in tali termini Cons. Stato Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565; Cons. Stato, Sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409), ipotesi evidentemente non ricorrente nel caso di specie.

3. Con un ulteriore motivo lamenta la mancanza di commissari esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, in quanto privi del titolo di ingegnere, in asserita violazione dell'art. 84, comma 2 del d. lgs. n. 163/2006.

La doglianza è infondata. I commissari nominati infatti, tutti in possesso del titolo di studio di geometra, si occupano, da circa quindici anni, di progettazione, direzione dei lavori e manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade provinciali. Tutti gli interventi descritti nel bando concernono opere esistenti danneggiate e, pertanto, sono interventi di manutenzione straordinaria per la messa in sicurezza della strada (cfr. bando di gara sub doc. 10 in fascicolo Provincia); si tratta dunque di interventi di tipo conservativo che non implicano soluzioni tecniche innovative o di particolare complessità.

Inoltre, l'opera progettata riguarda per circa il 60% la manutenzione del piano viabile mediante la risagomatura e il rinnovo del manto di usura in conglomerato bituminoso secondo quanto affermato dalla Provincia e non contestato dalla ricorrente e cioè interventi che non richiedono il possesso di nozioni specialistiche quanto piuttosto la conoscenza dei processi di lavorazione mutuati dalla esperienza. Si tratta pertanto di interventi di non particolare difficoltà tecnica che rientrano nelle competenze professionali del geometra completate da una adeguata esperienza tecnica e professionale acquisite sul campo, come comprovato nel caso di specie.

Sul punto la giurisprudenza ha infatti precisato che “la qualifica di esperto ben può, in via presuntiva, desumersi, pur mancando il diploma di laurea, dai numerosi incarichi svolti, indicativi di una esperienza tecnica acquisita sul campo, nel concreto svolgimento dell'attività professionale” (vedi Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2015,

n. 473; Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911; Cons. Stato, Sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409; Cons. Stato Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3841).

4. Infine, non risulta dimostrato il vincolo di subordinazione, asseritamente lesivo dell'autonomia delle rispettive valutazioni dei commissari, a tal fine non essendo sufficiente il fatto che il Presidente rivesta una posizione apicale all'interno della struttura, laddove non sia provata la concreta dipendenza gerarchica degli altri due componenti, derivante dall'appartenenza alla medesima unità operativa (TAR Salerno 5.3.2018, n. 356). In ogni caso il vincolo di subordinazione non è contemplato dalla legge tra le cause di incompatibilità ed anzi si pone in contrasto con l'art. 84, comma 8, del d. lgs. n. 163/2006 laddove si afferma, come regola generale, che i "commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante" – senza limitazioni di sorta dunque e quindi anche tra quelli appartenenti alla medesima unità organizzativa cui è preposto il dirigente presidente della commissione, come di regola accade, soprattutto nelle piccole realtà organizzative - mentre solo in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti all'esterno tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle categorie indicate dal comma 8. Il ricorso a personale esterno è dunque residuale e va motivato e tra le circostanze che consentono di non avvalersi del personale interno non è indicata l'esistenza di vincoli gerarchici tra i componenti della commissione di gara. Il precedente citato dalla ricorrente (TAR Marche n. 108/2017 richiamato successivamente da T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 25 maggio 2017, n. 825) risulta infatti isolato e comunque espressione di un principio generale in contrasto con le esigenze organizzative e finanziarie sottese alla logica dell'art. 84.

Alla luce delle motivazioni che precedono il ricorso deve essere respinto.

L'esistenza di orientamenti giurisprudenziali difformi induce il collegio a ritenere sussistenti eccezionali motivi per disporre la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio
2018

L'ESTENSORE
Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO