

**TAR Lombardia, Sezione Prima, Sentenza n. 1827 del 17 luglio 2023**

Appalti di servizi – Modifiche al disciplinare apportate dal RUP – Illegittime senza delega – Nomina del RUP a unico componente del seggio – Illegittimità

**N. 01827/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 00300/2023 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 300 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in (...);

**contro**

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'ultimo in (...);

**nei confronti**

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

**per l'annullamento**

- della nota a firma del presidente di (...) s.p.a. e del RUP, del 25.1.2023, prot. n. 64, recante la “comunicazione di non aggiudicazione” alla ricorrente della “procedura per il

conferimento rifiuti solidi urbani non pericolosi suddivisa in sette lotti. Lotto 4 CIG (...)", in quanto il lotto suddetto è stato aggiudicato alla "(...) s.r.l. 81,81 punti – ribasso del 7,88”;

- della determinazione del presidente di (...) s.p.a. del 23.1.2023, n. 2, ad oggetto: “aggiudicazione procedura aperta per l’affidamento di servizi di conferimento dei rifiuti solidi urbani non pericolosi, suddivisa in sette lotti”, che reca l’aggiudicazione del lotto numero 4, conferimento ingombranti, “alla società (...) che ha offerto un ribasso del 7,88%”;

- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, per quanto di interesse della ricorrente, compresi i seguenti documenti:

(i) la determinazione a contrarre del 14.11.2022, n. 35, a firma dell’amministratore delegato di (...) s.p.a.;

(ii) il disciplinare di gara;

(iii) il capitolato speciale di appalto;

(iv) il bando;

(v) le note del RUP di “errata corrige” dell’art. 3 del disciplinare di gara del 22.11.2022;

(vi) la “tabella che sostituisce tutte le tabelle presenti nei documenti di gara già pubblicati e riporta le quantità annue stimate di tonnellate di rifiuto per singolo lotto, corrette”;

(vii) la determinazione del 29.12.2022, n. 40, a firma del presidente di (...), ad oggetto: “Nomina seggio di gara per la procedura di affidamento del servizio di conferimento di rifiuti urbani non pericolosi, suddivisa in sette lotti”;

(viii) i verbali di gara: verbale numero 1 del 30.12.2022; verbale numero 2 del 2.1.2023; verbale numero 3 del 5.1.2023;

(ix) la nota del 9.2.2023, prot. n. 090, a firma del RUP, in riscontro all’istanza di accesso della società ricorrente del 3.2.2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) S.p.A.;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2023 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'(...) s.p.a. (...), società che svolge i servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani non pericolosi provenienti dai Comuni di (...), (...) e (...), con determinazione del 14 novembre 2022, n. 35 ha indetto una gara, mediante procedura aperta, per il servizio di smaltimento e trattamento dei rifiuti solidi urbani non pericolosi suddivisa in sette lotti per il periodo di un anno, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 95, D.lgs. n. 50/2016.

1.1. Ai sensi dell'art. 3 del disciplinare di gara la base d'asta annuale complessiva è stabilita in € 1.352.030,00, secondo la ripartizione in lotti, frazione di rifiuti e corrispondente prezzo unitario di seguito indicato:

- Lotto 1: "Umido" prezzo unitario €/ton 98,00 e base d'asta annuale € 470.400,00;
- Lotto 2: "Spazzamento" prezzo unitario €/ton 88,00 e base d'asta annuale € 70.400,00;
- Lotto 3: "Legno" prezzo unitario €/ton 74,00 e base d'asta annuale € 148.000,00;
- Lotto 4: "Ingombranti" prezzo unitario €/ton 210,00 e base d'asta annuale € 420.000,00;
- Lotto 5: "Verde sfuso" prezzo unitario €/ton 39,00 e base d'asta annuale € 9.750,00;
- Lotto 6: "Verde in sacchi" prezzo unitario €/ton 80,00 e base d'asta annuale € 9.600,00;
- Lotto 7: "Rifiuti inerti" prezzo unitario €/ton 18,50 e base d'asta annuale € 24.050,00.

1.2. Con nota del 22 novembre 2022 il RUP ha pubblicato il seguente avviso: "*Errata corrige. All'articolo 3 del disciplinare di gara, la tabella riportante i prezzi unitari e totali dei singoli lotti contiene alcuni refusi e viene sostituita dalla seguente*":

- Lotto 1: "Umido" prezzo unitario €/ton 82,00 e base d'asta annuale € 410.000,00;

- Lotto 2: “Spazzamento” prezzo unitario €/ton 93,00 e base d’asta annuale € 79.050,00;
- Lotto 3: “Legno” prezzo unitario €/ton 87,00 e base d’asta annuale € 130.500,00;
- Lotto 4: “Ingombranti” prezzo unitario €/ton 255,00 e base d’asta di € 688.500,00;
- Lotto 5: “Verde sfuso” prezzo unitario €/ton 42,00 e base d’asta annuale € 11.130,00;
- Lotto 6: “Verde in sacchi” prezzo unitario €/ton 80,00 e base d’asta annuale € 8.800,00;
- Lotto 7: “Inerti” prezzo unitario €/ton 18,50 e base d’asta annuale € 24.050,00.

1.3. La procedura di scelta del contraente è stata svolta attraverso l’utilizzo di piattaforma telematica di *e-procurement* mediante la quale sono gestite le fasi di pubblicazione, presentazione, analisi, valutazione e aggiudicazione dell’offerta, oltre che le comunicazioni e gli scambi di informazioni.

1.4. Il Presidente di (...) s.p.a., con determinazione del 29 dicembre 2022, n. 40, ha nominato *“il seggio di gara per l’affidamento del servizio di conferimento di rifiuti urbani non pericolosi, suddivisa in sette lotti, così composto: ing. (...) quale presidente, in qualità di Responsabile unico del procedimento; dott.ssa (...) in qualità di segretario verbalizzante, addetto all’Ufficio gare e acquisti; signor (...), in qualità di testimone”*.

1.5. La società ricorrente ha partecipato alla gara unicamente per il Lotto 4. Per il medesimo lotto hanno presentato offerte la (...) s.r.l. e la (...) s.r.l.

1.6. Nella seduta del 30 dicembre 2022 il seggio di gara ha provveduto all’apertura delle buste “A”, come da (verbale numero 1).

1.7. Successivamente nella seduta del 2 gennaio 2023 il seggio di gara ha aperto le buste B contenenti le offerte tecniche, assegnando a ciascun concorrente i seguenti punteggi: (...) s.r.l. 51,53 punti; (...) s.r.l. 50,29 punti; (...) s.r.l. 51,81 punti, come da verbale n. 2.

1.8. Nella seduta del 5 gennaio 2023 il seggio ha aperto le buste C contenenti le offerte economiche evidenziando le percentuali di sconto sull’importo a base d’asta offerte dai concorrenti: (...) s.r.l. 2,72%; (...) s.r.l. 7,80%; (...) s.r.l. 7,88%.

1.9. Nella medesima seduta, proseguendo in seduta riservata, il seggio ha provveduto a riparametrare gli sconti delle offerte economiche, attribuendo il seguente punteggio: (...)

s.r.l. 10,36 punti; (...) s.r.l. 29,70 punti; (...) s.r.l. 30,00 punti.

1.10. Sommando i punteggi delle offerte tecniche ed economiche, il seggio di gara ha formulato la graduatoria delle società concorrenti: (...) s.r.l. 81,81 punti; (...) s.r.l. 79,88 punti; (...) s.r.l. 61,89 punti, come da verbale n. 3.

1.11. Con determinazione del 23 gennaio 2023 la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione del Lotto 4 in favore della (...) s.r.l.

1.12. La (...) s.r.l. con istanza del 3 febbraio 2023 ha chiesto alla stazione appaltante di acquisire la documentazione di gara, nonché quella relativa all'offerta della (...) s.r.l. risultata aggiudicataria. L'istanza di accesso è stata riscontrata dalla stazione appaltante con nota del 9 febbraio 2023.

2. Con il ricorso indicato in epigrafe la (...), seconda graduata, ha impugnato gli esiti della gara e gli altri atti sopra indicati, chiedendo l'annullamento previa tutela cautelare.

2.1. Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, resistendo al ricorso, di cui ha contestato la fondatezza con separata memoria.

2.2. Con ordinanza n. 248 del 10 marzo 2023 questo Tribunale ha disposto la fissazione dell'udienza pubblica ai sensi dell'art. 55 comma 10 c.p.a.

2.3. In vista della trattazione nel merito le parti hanno depositato scritti difensivi, insistendo nelle rispettive conclusioni.

2.4. Indi la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 10 maggio 2023.

3. Il ricorso proposto è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

I) Violazione di legge e falsa applicazione artt. 95 del D.lgs. n. 50/2016, 97 Cost., Direttiva 2014/24/UE. Violazione del principio della *par condicio competitorum*. Violazione della *lex specialis* (disciplinare di gara, artt. 7.3, 16, 18; capitolato speciale art. 10). Illegittima attribuzione del punteggio all'offerta tecnica dell'aggiudicataria. Eccesso di potere per illogicità e ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria, omessa motivazione, travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento della p.A.: come risulta dal verbale n. 2 della seduta del 2 gennaio 2023 alla

(...) s.r.l. sono stati attribuiti 51,81 punti per l'offerta tecnica, di cui 10 punti per il criterio "A1" - "Periodo medio di attesa, inferiore a quello previsto dal comma 5 dell'articolo 9 del CSA per il conferimento dei rifiuti (espresso in minuti)", secondi i criteri previsti dal disciplinare di gara all'art. 18.1. In relazione al predetto criterio A1 l'art. 9, comma 5, del capitolato speciale prevede: *"L'impresa affidataria del servizio dovrà completare le operazioni di ricevimento, pesatura, scarico e uscita degli automezzi impiegati dalla stazione appaltante per il conferimento dei rifiuti, in un massimo di 60 minuti decorrenti dall'ora di arrivo. A tal fine dovrà impiegare a sua cura e spese, tutte le strutture e il personale necessari per l'esecuzione tempestiva delle prestazioni previste nel contratto di appalto e negli atti di gara"*. La (...) s.r.l., nel Modello "F - Dichiarazione di offerta tecnica da inserire nella Busta "B", relativamente al sub-criterio "A1", ha indicato "15 minuti" quale "periodo medio di attesa". Il criterio così come descritto, sarebbe illegittimo e come tale è stato impugnato dalla ricorrente, in quanto non sarebbe verificabile *ex ante* in modo oggettivo in sede di gara, né la stazione appaltante avrebbe previsto indicatori specifici per verificare l'attendibilità del dato temporale indicato nell'offerta. Inoltre la previsione di "15 minuti" da parte dell'aggiudicataria sarebbe del tutto irrealistica, atteso che le operazioni per il conferimento dei rifiuti sono: (i) operazioni di ricevimento (controllo documentale formulari e autorizzazioni al trasporto dei rifiuti); (ii) pesatura del camion in ingresso; (iii) operazioni di scarico (ingresso camion in impianto, apertura porte del cassone, scarico del materiale a terra, chiusura delle porte del cassone, uscita del camion dall'impianto; (iv) uscita automezzi (pesatura del camion in uscita e chiusura del formulario). Inoltre la (...), avvalendosi di un impianto in convenzione, non governerebbe le operazioni di smaltimento.

Sotto altro profilo, in relazione al criterio B "Ubicazione dell'impianto" (Minore distanza dell'impianto rispetto al limite dei 30 km di cui al 2 comma dell'art. 10 del CSA), è stata prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di punti 35 secondo il seguente criterio: Punteggio max (per) minor numero di km tra quelli offerti (diviso) singola offerta. La (...) s.r.l. ha dichiarato di avere a disposizione un impianto posto a una distanza di 35,9

Km dalla sede di (...). La stazione appaltante, sulla base di questa dichiarazione, ha attribuito all'aggiudicataria 26,81 punti per l'ubicazione dell'impianto, applicando la formula prevista dallo stesso disciplinare. Questi punti attribuiti alla (...) s.r.l. sarebbero errati, in quanto il punteggio per l'ubicazione dell'impianto potrebbe essere attribuito unicamente al concorrente che abbia la disponibilità di un impianto posto ad una distanza inferiore "rispetto al limite dei 30 km di cui al co. 2 dell'art. 10 del CSA". Viceversa nessun punteggio spetterebbe al concorrente con la disponibilità di un impianto ad una distanza superiore al "limite" dei 30 km dalla sede legale della stazione appaltante.

Ed ancora, in relazione al criterio "C" riguardante il possesso delle certificazioni di qualità, declinato nei sotto-criteri "C1"- "Possesso della certificazione di qualità EN UNI ISO 45001", e "C2" - "Possesso della certificazione di qualità EN UNI ISO 14000", la stazione appaltante ha attribuito alla (...) s.r.l. il punteggio massimo di 9 punti per il sub-criterio "C1" e, parimenti, il punteggio massimo di 6 punti per il sub-criterio "C2". Mentre la certificazione di qualità EN UNI ISO 14000 atterrebbe ai sistemi di gestione ambientale, la EN UNI ISO 45001 si riferirebbe a sistemi di gestione della salute e della sicurezza del lavoro, evidentemente del tutto estranea all'oggetto dell'appalto indetto da (...) s.p.a., (conferimento di rifiuti solidi urbani non pericolosi). Il sub-criterio di attribuzione del punteggio "C1", per l'offerta tecnica, sarebbe pertanto illegittimo. Inoltre tra i criteri di valutazione delle offerte vi sarebbero elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta.

Dalla declaratoria di illegittimità dell'attribuzione del punteggio alla (...) s.r.l. per l'offerta tecnica di 10 punti per il sub-criterio "A1", 26,81 punti per il criterio "B" e 9 punti per il sub-criterio "C1", conseguirebbe l'aggiudicazione dell'appalto in favore della società ricorrente, seconda graduata con punti complessivi 79,98 punti, di cui 50,29 punti per l'offerta tecnica;

II) Violazione di legge e falsa applicazione degli artt. 23, co. 16 e 97 D.lgs. n. 50/2016, e

97 Cost. e della direttiva 2014/24/UE. Violazione del principio della *par condicio competitorum*. Eccesso di potere per illogicità e ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria, omessa motivazione, travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento della p.A.: l'offerta economica della (...) s.r.l., che ha ottenuto 30 punti, è stata così formulata:

- ribasso percentuale sul prezzo unitario posto a base d'asta: 7,88;
- costi di sicurezza aziendale interni: € 1.650,00;
- costo della manodopera: € 49.500,00.

Il costo della manodopera indicato dalla (...) s.r.l., € 49.500,00, sarebbe incongruo, perché non adeguato all'appalto in questione, tant'è che la ricorrente ha indicato un costo della manodopera per € 114.263,50 e costi di sicurezza aziendale interna per € 19.044,00. La stazione appaltante avrebbe dovuto verificare anche la congruità dei costi per la sicurezza, avendo la (...) s.r.l. indicato un costo di € 1.650,00, per un anno di svolgimento del servizio appaltato, da ritenersi incongruo considerando che sono compresi i costi per formazione del personale, dotazione DPI, sorveglianza sanitaria, gestione delle emergenze, servizio di prevenzione e protezione dei rischi;

III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 77 D.lgs. n. 50/2016, 3 e 6 della L. n. 241/1990; Violazione Linee guida ANAC n. 3. Eccesso di potere per manifesto travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, contraddittorietà, sviamento: la stazione appaltante con la determinazione del 29 dicembre 2022 ha nominato il seggio di gara così composto: ing. (...) quale Presidente, in qualità di Responsabile unico del procedimento; dott.ssa (...), in qualità di segretario verbalizzante, addetta all'ufficio gare e acquisti; sig. (...), in qualità di testimone.

L'attribuzione al RUP delle funzioni di presidente del seggio di gara e unico componente tecnico del seggio stesso sarebbe avvenuta sul presupposto erroneo che *“il criterio di aggiudicazione previsto dal disciplinare di gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i cui criteri per l'assegnazione dei punteggi implicano esclusivamente valutazioni di puro calcolo matematico, tali da non dover essere valutati da una commissione giudicatrice, ma richiede esclusivamente la verifica e*

*il controllo della completezza e della rispondenza della documentazione presentata rispetto a quanto indicato dal disciplinare di gara*". La scelta effettuata sarebbe in contrasto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, scelto per l'aggiudicazione dell'appalto, e con il disciplinare di gara, che all'art. 20, prevede: "*Ai sensi del comma 12 dell'art. 216 del Codice, nonché dell'art. 77 e del punto 3 delle Linee guida n. 5 dell'ANAC, la commissione o il seggio di gara, nominati solo dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, sarà formata da componenti interni ed esterni alla stazione appaltante in considerazione della complessità della procedura*".

Quindi, la decisione di nominare il RUP presidente del seggio di gara e unico componente tecnico dello stesso violerebbe la *lex specialis*. Nel caso di specie, un vero seggio di gara non sussisterebbe, essendo il RUP l'unico componente tecnico. Nella procedura di cui è causa quindi il RUP avrebbe predisposto gli atti di gara (disciplinare e capitolato speciale), svolto le funzioni di presidente e di unico componente tecnico del seggio di gara, nonché le funzioni di RUP della procedura di evidenza pubblica. L'incompatibilità sarebbe evidente. L'orientamento giurisprudenziale che si è formato in ordine alla questione della presenza del RUP nelle commissioni di gara, secondo il quale deve escludersi una incompatibilità automatica tra la figura del RUP e quella di membro della commissione giudicatrice conseguente al cumulo delle funzioni, demandando all'Amministrazione la valutazione in concreto, con riferimento alla singola procedura, non sarebbe applicabile al caso in esame, in quanto il RUP non avrebbe assunto le funzioni di presidente/componente del seggio di gara, ma di unico componente tecnico del seggio stesso;

IV) Violazione e falsa applicazione di legge: art. 32 D.lgs. n. 50/2016; direttiva 2014/24/UE; art. 97 Cost. Violazione degli atti di programmazione e della determinazione a contrarre. Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti legittimanti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, contraddittorietà, sviamento: in base al disciplinare di gara e al capitolato speciale, l'appalto ha ad oggetto l'affidamento del servizio di smaltimento/trattamento dei rifiuti

solidi urbani non pericolosi suddivisi in sette lotti. Il RUP, con avviso del 22 novembre 2022, ha pubblicato una “errata corrige” intervenendo sulla tabella degli atti di gara riportante i prezzi unitari e totali dei singoli lotti, dichiarando la presenza di refusi. Le modifiche effettuate, in realtà, non sarebbero riconducibili a meri “refusi”, ma a delle modifiche delle quantità annue stimate e dei prezzi unitari e totali dei singoli lotti e, di conseguenza, della base d’asta complessiva. Queste modifiche non avrebbero potuto essere apportate dal RUP, ma avrebbero richiesto un atto integrativo/modificativo della determinazione a contrarre, in quanto incidenti sugli elementi essenziali del contratto.

4. Il terzo e il quarto mezzo di gravame, ad avviso del Collegio e stante l’assenza di graduazione dei motivi da parte della ricorrente, meritano di essere esaminati preliminarmente, in quanto il loro accoglimento porterebbe all’annullamento dell’intera gara.

4.1. Entrambi i motivi sono fondati.

5. In relazione al quarto mezzo di gravame la stazione appaltante ne ha eccepito la tardività, in quanto, a suo dire, la ricorrente avrebbe dovuto impugnare la rettifica del RUP entro i successivi 30 (trenta) giorni dalla pubblicazione dell’avviso del 22 novembre 2022, trattandosi di modifica comportante effetti escludenti.

L’eccezione è infondata.

L’impugnazione delle modifiche apportate dal RUP è stata correttamente proposta unitamente all’esito della procedura. Diversamente da quanto ritenuto dalla stazione appaltante, infatti, non si tratta di “clausola escludente”, come dimostra peraltro, in concreto, la partecipazione della ricorrente medesima alla gara.

Sotto un profilo generale va osservato che l’interpretazione delle c.d. clausole escludenti deve essere stretta, considerato che l’onere della loro immediata impugnazione incide sull’esercizio del diritto di difesa.

Nel caso di specie, come si vedrà *infra*, la modifica dell’art. 3 del disciplinare non ha determinato alcuna preclusione alla partecipazione (o comunque la ricorrente non ha dedotto in tali termini la censura), sicchè non è ravvisabile alcun onere di immediata

impugnazione dell'avviso del RUP.

Venendo al merito della censura il Collegio osserva che in base al disciplinare di gara e al capitolato speciale approvati con la determinazione a contrarre del 14 novembre 2022, n. 35, in relazione al Lotto 4 riguardante il conferimento di rifiuti ingombranti erano previsti un prezzo unitario € 210,00 per tonnellata e una base d'asta annuale pari a € 420.000,00.

A seguito della rettifica del RUP in data 22 novembre 2022 è stato indicato un prezzo unitario € 255,00 a tonnellata e una base d'asta pari € 688.000,00.

Si tratta di modifiche effettuate su elementi essenziali dell'appalto, sui quali il RUP non poteva intervenire e in relazione alle quali non si esplicita alcuna motivazione a sostegno dell'intervento, non potendosi ritenere sufficiente il generico riferimento a "refusi" contenuti nella tabella di cui all'art. 3 del disciplinare.

Non rileva, ai fini della fondatezza della censura, la modalità con cui tale rettifica è stata portata a conoscenza dei partecipanti o comunque è stata pubblicizzata. Incidendosi su elementi essenziali dell'operazione negoziale la rettifica avrebbe dovuto essere effettuata dallo stesso soggetto che, in nome e per conto della stazione appaltante, ha adottato la determina a contrarre con i relativi atti della gara, ovvero, nel caso di specie, l'amministratore delegato dell'(...) s.p.a.

Va osservato che nella determina a contrarre del 14 novembre 2022, con cui tra l'altro la stazione appaltante ha nominato il RUP, l'amministratore delegato non ha delegato il RUP medesimo ad adottare modifiche della legge di gara. Sicchè la rettifica è stata adottata dal RUP senza alcuna legittimazione né poteri.

6. Parimenti fondato è il terzo mezzo di gravame, che riguarda la composizione del seggio di gara.

Con la determina n. 40 del 29 dicembre 2022 la stazione appaltante ha nominato il seggio di gara, secondo la composizione di seguito indicata:

- ing. (...) quale Presidente, in qualità di Responsabile Unico del Procedimento;
- dott.ssa (...) in qualità di segretario verbalizzante, addetta all'Ufficio Gare ed Acquisti;

- signor (...), in qualità di testimone.

Tale determinazione è preceduta, nel richiamato provvedimento, dalla considerazione che *“il criterio di aggiudicazione previsto dal disciplinare di Gara è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, i cui criteri per l’assegnazione dei punteggi implicano esclusivamente valutazioni di puro calcolo matematico, tali da non dover essere valutati da una Commissione Giudicatrice, ma richiedono esclusivamente la verifica ed il controllo della completezza e della rispondenza della documentazione presentata rispetto a quanto indicato dal Disciplinare di Gara”* e che pertanto *“detta attività possa essere svolta dal Responsabile Unico del Procedimento, come previsto dalle linee guida numero 3 dell’anac “Nomina, ruolo e compiti del RUP...” che prevedono la costituzione di un Seggio di Gara istituito ad hoc che possa svolgere le funzioni di controllo della documentazione amministrativa”*.

Le valutazioni esposte dalla stazione appaltante nel provvedimento di nomina del seggio di gara (se così può essere definito) sono da un lato non conformi ai riferimenti normativi pure richiamati, e dall’altro contrari alla stessa legge di gara, laddove il disciplinare all’art. 20, prevede che la commissione o il seggio di gara, nominati solo dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, sia formata da componenti interni ed esterni alla stazione appaltante in considerazione della complessità della procedura.

Nel caso di specie il RUP è l’unico componente tecnico del così dichiarato seggio di gara. La disposizione di cui all’art. 77 comma 4 del D.lgs. n. 50/2016 secondo cui la nomina del RUP a membro delle Commissioni di gara deve essere valutata con riferimento alla singola procedura, se certamente non esclude che il RUP possa essere nominato componente della Commissione, altrettanto certamente postula che il RUP non sia l’unico componente della Commissione medesima o del seggio di gara, come invece accaduto nella gara all’esame.

Peraltro, va aggiunto che, come rilevato nell’esame del quarto mezzo di gravame, il RUP è intervenuto (illegittimamente) sugli atti di gara, modificando gli elementi essenziali indicati nell’art. 3 del disciplinare con l’avviso di rettifica del 22 novembre 2022.

Sicchè – avuto riguardo alla specifica procedura – deve farsi applicazione della

disposizione generale sulle incompatibilità di cui alla prima parte del comma 4 dell'art. 77 ai sensi della quale *“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”*.

7. In conclusione, per le ragioni che precedono il ricorso è fondato e per l'effetto vanno annullati gli atti di gara a partire dalla rettifica all'art. 3 del disciplinare posta in essere dal RUP in data 22 novembre 2022 e dalla nomina del seggio di gara. L'illegittimità di tali atti travolge irrimediabilmente i successivi segmenti procedurali.

8. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna la società (...) s.p.a. al pagamento, a favore del ricorrente, delle spese del presente giudizio che liquida in€ 5.000,00 (cinquemila), oltre oneri fiscali, previdenziali e spese generali di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Valentina Santina**  
**Mameli**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonio**  
**Vinciguerra**

IL SEGRETARIO