

Publicato il 07/07/2022

N. 05645/2022REG.PROV.COLL.
N. 10819/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10819 del 2021, proposto dalla società -OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Adolfo Mario Balestrieri, Paola Chirulli, Stefano Viti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl Valle D'Aosta, -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi, Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giorgio Lezzi in Roma, piazza D'Ara Coeli 1;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Bertoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl Valle D'Aosta e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto, quanto ai difensori e alla loro presenza, di quanto indicato a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società -OMISSIS- con il ricorso di primo grado deduceva l'illegittimità della determina -OMISSIS-, Centrale Unica di Committenza della Regione Autonoma della Valle d'Aosta, n. -OMISSIS-, con “*Allegato Valutazione Tecnica*”, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva a favore di -OMISSIS- della procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di somministrazione del personale a tempo determinato per l'Azienda U.S.L. della Valle d'Aosta, indetta con bando pubblicato nella G.U.U.E. in data 15 febbraio 2021.

1.1. Alla gara, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che aveva ad oggetto l'affidamento del servizio di attività di ricerca, selezione, formazione e gestione del personale a tempo determinato presso l'Azienda U.S.L. della Valle d'Aosta, prendevano parte gli operatori -OMISSIS--

All'esito della stessa, previo positivo superamento del procedimento di anomalia, veniva disposta l'aggiudicazione, come sopra anticipato, in favore di -OMISSIS- mentre al secondo posto si classificava -OMISSIS- e al terzo la ricorrente, -OMISSIS-

1.1. Le doglianze articolate in prime cure involgevano, da un lato, la commissione giudicatrice e, dall'altro, anche a seguito e per effetto dei motivi

aggiunti proposti, il punteggio assegnato alle offerte scrutinate.

2. Con la sentenza appellata, il T.A.R. respingeva il ricorso suindicato, ritenendo, quanto alla censura con la quale si allegava che la dott.ssa -OMISSIS-, dipendente della A.U.S.L. della Valle d'Aosta, inizialmente nominata Presidente della Commissione giudicatrice della procedura, pur avendo dichiarato l'insussistenza di legami con gli operatori concorrenti, era risultata trovarsi in rapporto di parentela con una risorsa umana di una delle partecipanti alla gara (-OMISSIS-), in violazione dell'obbligo legale di astensione, che "la sussistenza della causa di incompatibilità, ovvero il coinvolgimento nel team proposto dalla concorrente di un soggetto in relazione di parentela con la Presidente della Commissione giudicatrice" era emerso "dall'offerta e quindi dalla presa visione del contenuto della parte di offerta tecnica nella quale sono stati indicati i nominativi delle risorse umane destinate all'espletamento dei compiti connessi all'appalto de quo", mentre "la preesistenza della parentela non è un dato rilevante se non associato a un potenziale interesse del parente collegabile al concorrente. Né tale interesse potrebbe considerarsi sempre e comunque insito nell'esistenza di un rapporto di lavoro, quasi che qualsiasi dipendente di qualsiasi impresa, anche multinazionale e con moltissimi dipendenti, debba intendersi interessato a qualsiasi gara cui partecipi il datore di lavoro", non potendo l'istituto dell'incompatibilità essere applicato "allorquando si tratti soggetti che, sebbene inquadrati nell'ambito dell'organigramma di un'impresa, non rivestono all'interno della stessa posizioni di rilievo, essendo in tal caso da escludere, almeno in via ordinaria, il rischio di influenze indebite sia nella sfera pubblica che in quella del privato imprenditore. Nella specie, il rapporto di parentela che ha indotto la dott.ssa -OMISSIS- alla (successiva) astensione intercorre con un "amministrativo" (vedi verbale di gara, munito di fede privilegiata) e non con uno degli amministratori o institori della concorrente -OMISSIS-; trattandosi di una multinazionale con numerose filiali anche in Italia e con un rilevante numero di dipendenti, se ne deve dedurre che la posizione di un suo dipendente, non incaricato di funzioni direttive, non può dar luogo, secondo *l'id quod plerumque accidit*, a rischi di interferenze con eventuali soggetti pubblici che venissero in

rapporto con la stessa, salvo ricorrano elementi particolari caratterizzanti la specifica situazione, quale, nella fattispecie, è appunto il coinvolgimento nello specifico progetto”.

2.1. In ogni caso, ha osservato il T.A.R. che “l’avvenuta sostituzione della dott.ssa -OMISSIS-, prima dell’avvio della fase di valutazione delle offerte tecniche, ha eliminato in radice ogni pericolo di violazione delle regole di imparzialità che devono presiedere allo svolgimento della procedura di selezione (cfr., per una fattispecie simile, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 8 marzo 2021, n. 616)”.

In proposito, il T.A.R. ha da un lato evidenziato che “dal verbale relativo alle sedute del 18/21 maggio 2021, emerge che la Commissione giudicatrice non aveva ancora avviato la vera e propria attività valutativa, ma aveva iniziato soltanto l’esame, necessariamente preliminare, delle offerte tecniche”, dall’altro lato, che “la Commissione nella composizione rinnovata, ha interamente rinnovato l’attività di competenza, come si desume dal verbale n. 301 dell’11 giugno 2021, ove si legge che la medesima *“inizia ... la lettura delle offerte tecniche”*, sostituendo in toto le attività della precedente Commissione, e giungendo all’attribuzione dei punteggi parziali e totali alle offerte tecniche, come attestato dalle tabelle allegate al relativo verbale”.

2.2. Quanto alla censura intesa ad allegare che la medesima dott.ssa -OMISSIS-, antecedentemente alla sua nomina, aveva partecipato alla redazione del Capitolato d’appalto della selezione, incorrendo in tal modo nella violazione del disposto di cui all’art. 77, comma 4, d.lvo n. 50/2016 (a mente del 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”*), il T.A.R. ha osservato, in chiave ugualmente reiettiva, che *“il mancato svolgimento di attività valutativa in senso stretto da parte della Commissione nella primigenia composizione rende irrilevante l’asserita partecipazione della dott.ssa -OMISSIS- al procedimento di redazione del Capitolato d’appalto della selezione”*.

2.3. Il T.A.R. ha respinto anche la censura con la quale la parte ricorrente lamentava che, in violazione dell’art. 77, comma 5, d.lvo n. 50/2016, era stato

nominato (nuovo) Presidente della Commissione giudicatrice il dott. -OMISSIS- che avrebbe ricoperto, sino al 31 dicembre 2021, la carica di Coordinatore - Dirigente di primo livello del Dipartimento Personale ed Organizzazione della Regione Autonoma Valle d'Aosta, del quale l'A.U.S.L. resistente costituiva Ente strumentale, e che avrebbe altresì rivestito, fino al marzo 2019, la carica di Coordinatore - Dirigente di primo livello del Dipartimento Sanità, Salute e Politiche Sociali dell'Assessorato della Sanità della Regione, oltre che quella di Direttore Generale dell'A.U.S.L. della Valle d'Aosta fino al 14 giugno 2020.

Ai fini reiettivi, il giudice di primo grado, evidenziato preliminarmente che l'art. 77, comma 5, d.lvo cit. prescrive che *“coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto”*, ha osservato, da un lato, che *“deve escludersi l'applicabilità di tale disposto normativo nel caso in cui il Commissario abbia intrattenuto un rapporto con un Ente diverso da quello che ha bandito la gara, come avvenuto nella specie, non rilevando eventuali collegamenti esistenti tra le Amministrazioni coinvolte”*, dall'altro lato, e quanto alla carica di Direttore generale dell'A.U.S.L. della Valle d'Aosta, che avrebbe ricoperto il dott. -OMISSIS- fino al 14 giugno 2020, che *“in concreto tale incarico non è stato, nel biennio rilevante, effettivamente svolto, essendo stata riconosciuta la relativa prestazione soltanto a livello figurativo, ossia ai fini della ricostruzione della carriera (per ragioni curricolari, previdenziali e assicurative)”*.

2.4. Il T.A.R. ha respinto anche le censure con le quali la parte ricorrente contestava l'attribuzione di più elevati punteggi alle prime due classificate (-OMISSIS-), escludendo la ravvisabilità di profili di illogicità nell'attività valutativa discrezionale della Commissione.

2.5. Infine, il giudice di primo grado ha respinto il motivo inteso a dedurre l'illegittimità della procedura per mancata predeterminazione dei criteri di selezione delle offerte in sede di *lex specialis*, sul rilievo che *“l'art. 13.1.1 del Disciplinare di gara (all. 1 di In.Va.) contenesse una griglia molto dettagliata in cui erano specificati tutti i criteri di valutazione delle singole voci dell'offerta tecnica, comprensivi del*

punteggio massimo attribuibile e della natura discrezionale o tabellare del predetto punteggio”, altresì evidenziando che l’assegnazione di una parte consistente del punteggio sarebbe avvenuta con metodo tabellare e che la valutazione era stata resa in forma non puramente numerica.

3. Mediante i motivi di ricorso compendiativi nel mezzo in epigrafe la parte appellante richiama in primo luogo la censura intesa a lamentare la violazione del disposto dell’art. 77, comma 4, d.lvo n. 50/2016, ai sensi del 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”*, sulla scorta del fatto che la dott.ssa -OMISSIS-, Coordinatrice dell’Ufficio Servizi Alberghieri e Logistica della S.C. Provveditorato ed Economato della A.U.S.L. Valle d’Aosta, inizialmente nominata Presidente della Commissione con la determina n. -OMISSIS-, aveva partecipato alla redazione del Capitolato d’appalto, rientrante fra i documenti messi a base della gara, come emerge dal documento in formato pdf denominato *“CONTRATTO_NORMATIVO_PER_IL_SERVIZIO_DI_SOMMINISTRAZIONE_DI_LAVORO_A_TEMPO_DETERMINATO”*, presente nella piattaforma online della Centrale di Committenza.

Essa deduce che, in ordine alla suddetta allegazione, l’appellata sentenza non ha fornito alcuna motivazione di segno contrario, *“se non limitandosi ad affermare, del tutto apoditticamente, che la sostituzione della dott.ssa -OMISSIS-dalla carica di Presidente della Commissione antecedentemente alla valutazione delle offerte avrebbe eliminato qualsiasi rischio di potenziale conflitto”*.

3.1. La parte appellante richiama quindi la censura intesa a lamentare la violazione del comma 6 dello stesso art. 77 del Codice dei Contratti Pubblici, in forza del quale si applicano ai commissari l’art. 35 bis del D.Lgs. n. 165/2001, nonché l’art. 51 c.p.c. e l’art. 42 dello stesso D. Lgs. n. 50/2016, ed evidenzia che la minaccia all’imparzialità ed all’indipendenza nello svolgimento della procedura di aggiudicazione dell’appalto, prese in considerazione dalla norma in parola, consiste nella circostanza che la dott.ssa -OMISSIS-ha dichiarato l’insussistenza di legami con i partecipanti, nonostante il rapporto di parentela con una risorsa

umana di -OMISSIS-, destinata dalla stessa Società all'appalto oggetto di gara, come emerge dalla dichiarazione resa dalla stessa dott.ssa -OMISSIS- nel contesto del verbale della Commissione giudicatrice prot. n. 274, dal quale peraltro non è dato comprendere in modo esaustivo il vincolo di parentela intercorrente tra la dott.ssa -OMISSIS- e l'“amministrativo” della -OMISSIS-, né tantomeno il nominativo e il ruolo che quest'ultimo riveste all'interno della società concorrente.

Esponde altresì la appellante che il comportamento della dott.ssa -OMISSIS- contrasta con l'insegnamento per cui eventuali violazioni dei principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost., anche nei casi di incompatibilità meramente potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite, devono essere dichiarati (ex art. 6 comma 1, D.P.R. n. 62/2013) ancor prima che siano noti i concorrenti.

Essa deduce quindi che, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., la laconicità delle dichiarazioni verbalizzate dalla stessa dott.ssa -OMISSIS-, e soprattutto la mancata indicazione del nominativo e delle mansioni effettivamente esercitate dall'“amministrativo” ad essa legato dal rapporto di parentela, non consentono di verificare la sussistenza o meno di un effettivo conflitto di interesse, rilevante sin dall'avvio della gara, e quindi *ex ante* rispetto alla conoscenza della circostanza dell'inclusione nel team destinato all'esecuzione dell'appalto.

Aggiunge la parte appellante che la partecipazione ai lavori della Commissione della dott.ssa -OMISSIS- che, per sua stessa ammissione, si trovava in una situazione di conflitto di interessi, peraltro sulla base di un rapporto preesistente rispetto all'avvio della gara, ha comunque inficiato irrimediabilmente la procedura selettiva di cui è causa nonostante le sopravvenute dimissioni, avendo ingenerato una “interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario, che si verifica, allor quando le decisioni che richiedono imparzialità siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico”: ciò dal momento che “tale interesse”, nella specie, integrava la “sussistenza di gravi ragioni di convenienza

all'astensione, tra le quali va considerato il potenziale danno all'immagine di imparzialità dell'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni" (cfr. Linee Guida n. 15 A.N.A.C.).

Osserva altresì la parte appellante che la stessa sentenza appellata dà atto, da un lato, del lungo andamento dei lavori della Commissione, svolti sotto la presidenza della dott.ssa -OMISSIS-(circa otto ore e trenta) e, dall'altro lato, dell'ulteriore circostanza per cui la stessa Commissione aveva svolto un esame preliminare delle offerte tecniche, pur non avendo ancora provveduto alla redazione delle tabelle contenenti l'assegnazione dei punteggi alle varie componenti dell'offerta tecnica: tali allegazioni, essa aggiunge, unitamente alla permanenza, nelle successive operazioni di gara, di un commissario appartenente all'originaria compagine della Commissione, inducono a ritenere comunque sussistente, nel caso di specie, quantomeno in termini potenziali, l'"interferenza" fra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario, presa in considerazione nelle citate Linee Guida n. 15 dell'A.N.A.C., lamentando che su tale profilo essenziale della controversia l'appellata sentenza non ha ritenuto di spendere neppure una parola.

3.2. Con ulteriore censura, relativa alla violazione, dedotta in primo grado, del disposto dell'art. 77, comma 5, del d.lvo n. 50/2016 (in forza del quale coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto "cariche di pubblico amministratore" non possono essere nominati commissari giudicatori "relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto"), con riferimento alla posizione del dott. Igor -OMISSIS- subentrato alla dott.ssa -OMISSIS- nella presidenza della Commissione giudicatrice, deduce la parte appellante che dal *curriculum vitae* dello stesso dott. -OMISSIS- allegato alla sua nomina, avvenuta con la determina n. 241 del 3 giugno 2021, si evince che egli, sino al 31 dicembre 2021, ha ricoperto la carica di Coordinatore - Dirigente di primo livello del Dipartimento Personale ed Organizzazione della Regione Autonoma Valle d'Aosta.

Lamenta sul punto la parte appellante che la sentenza appellata ha optato per una interpretazione formalistica ed atomistica dell'art. 77, comma 5, d.lvo n. 50/2016, in luogo di un'interpretazione logica e sistematica della norma, aderente alle prescrizioni della soft law compendiata nelle Linee Guida n. 15 dell'A.N.A.C., che avrebbe condotto ad estendere la nozione di "funzioni d'istituto" anche all'esercizio di mansioni apicali in una struttura della Regione autonoma Valle d'Aosta, oltretutto caratterizzata da una forte interconnessione (in relazione allo svolgimento di funzioni di indirizzo e controllo) con l'attività amministrativa della A.U.S.L..

3.3. Deduce altresì la parte appellante che, sino al marzo 2019, il dott. -OMISSIS- aveva ricoperto l'incarico di Coordinatore – dirigente di primo livello del Dipartimento Sanità, Salute e Politiche Sociali dell'Assessorato della Sanità della Regione Autonoma Valle d'Aosta e, soprattutto, di Direttore Generale dell'A.U.S.L. Valle d'Aosta, sino al 14 giugno 2020: invero, dal predetto curriculum vitae del dott. -OMISSIS- emerge, sotto la voce "esperienze lavorative", che, dal 15 giugno 2017 al 14 giugno 2020, lo stesso ha ricoperto "mansioni e responsabilità" di Direttore Generale dell'A.U.S.L. Valle d'Aosta.

Ebbene, deduce la parte appellante, che, se è vero che la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. III, 19 giugno 2020, n. 3947), richiamata dall'appellata sentenza, ha reintegrato lo stesso dott. -OMISSIS- nell'incarico di Direttore Generale dell'A.U.S.L. Valle d'Aosta in revisione dell'annullamento del provvedimento di nomina di cui alla sentenza (di primo grado) del T.A.R. Valle d'Aosta 14 febbraio 2018 n. 14, valendo, in particolare, anche per gli effetti "curriculari", tali effetti non possono non estendersi anche alle incompatibilità derivanti dalla stessa posizione "curcolare", in primis per effetto dell'invocato art. 77, comma 5, d.lvo n. 50/2016, da interpretarsi restrittivamente alla luce delle citate Linee Guida A.N.A.C. n. 15.

Osserva ancora la parte appellante che la preesistenza di un contenzioso in ordine alla nomina del dott. -OMISSIS- alla Direzione Generale dell'A.U.S.L., cui ha fatto seguito la reintegrazione nell'incarico per il lasso temporale preso in considerazione dal precitato comma 5 dell'art. 77 del Codice dei Contratti

Publici, a prescindere dall'effettivo esercizio delle relative funzioni, comunque esclude a priori, in termini di stretta obiettività, la sussistenza, in capo allo stesso dott. -OMISSIS- dei requisiti di imparzialità e di terzietà, richiesti dalla norma.

4. Si sono costituite in giudizio, per resistere all'appello, l'Azienda USL Valle d'Aosta, la -OMISSIS- (ancorché quest'ultima *in parte qua*).

5. Con ordinanza n. -OMISSIS- è stata respinta l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

6. La parte appellante, con dichiarazione del 7 febbraio 2022, ha poi rinunciato ai motivi aggiunti d'appello sub B (III, IV e V) e, con successive istanze dell'8 e del 16 febbraio 2022, chiesto, ai sensi degli artt. 71, comma 2, e 71 bis, c.p.a., la riunione e trattazione congiunta del presente procedimento al ricorso n. -OMISSIS-, proposta da altro operatore economico (-OMISSIS-) avverso la sentenza del T.A.R. Valle d'Aosta (Sezione Unica) n. -OMISSIS-, resa in ordine alla medesima gara d'appalto.

7. Un'ulteriore istanza per la revoca della mentovata ordinanza cautelare n. -OMISSIS- è stata poi rinunciata giusta dichiarazione del 15 marzo 2022.

8. Le parti hanno con successive memorie illustrato le rispettive tesi e replicato a quelle avversarie e all'udienza del 23 giugno 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

9. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto per le assorbenti ragioni di seguito considerate.

9.1. Tale approdo decisorio involge i motivi di cui al capo A) dell'appello, occorrendo, viceversa, per quelli di cui al capo B), fatti oggetto di esplicita dichiarazione di rinuncia, dare atto della parziale estinzione del giudizio a norma degli art. 35 comma 2 lettera c) e 84 c.p.a.

10. Con il primo motivo di appello, la parte appellante, come si è visto, censura la statuizione con la quale il T.A.R. ha respinto la doglianza diretta a lamentare la violazione del disposto dell'art. 77, comma 4, d.lvo n. 50/2016, ai sensi del 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”*, sulla scorta del fatto che la dott.ssa -OMISSIS-, Coordinatrice dell'Ufficio Servizi Alberghieri e

Logistica della S.C. Provveditorato ed Economato della A.U.S.L. Valle d'Aosta, inizialmente nominata Presidente della Commissione con la determina n. - OMISSIS-, avrebbe partecipato alla redazione del Capitolato d'appalto, rientrando fra i documenti messi a base della gara, come emergerebbe dal documento in formato pdf denominato "CONTRATTO_NORMATIVO_PER_IL_SERVIZIO_DI_SOMMINISTRAZIONE_DI_LAVORO_A_TEMPO_DETERMINATO", presente nella piattaforma on line della Centrale di Committenza.

10.1. Essa deduce che, in ordine alla suddetta allegazione, il giudice di primo grado si è limitato ad "affermare, del tutto apoditticamente, che la sostituzione della dott.ssa -OMISSIS-dalla carica di Presidente della Commissione antecedentemente alla valutazione delle offerte avrebbe eliminato qualsiasi rischio di potenziale conflitto".

10.2. Il motivo non può essere accolto.

Deve, anzitutto, in apice rilevarsi che nemmeno può dirsi adeguatamente dimostrata l'effettiva partecipazione del suddetto commissario al confezionamento del capitolato.

L'assunto attoreo riposa, invero, con inaccettabile pretesa di automaticità, su un dato di per se stesso non appagante siccome incentrato sulla rilevazione del nominativo della dott.ssa -OMISSIS-dalla proprietà del file in questione.

Il procedimento inferenziale svolto dall'appellante non tiene, invero, conto della promiscuità d'uso dei files che può verificarsi all'interno di un'Amministrazione pubblica, sovente riproposti e modificati nel loro contenuto e senza che muti il nominativo associato al file medesimo.

E ciò viepiù in considerazione del fatto che gli atti in questione, per effetto della loro sottoscrizione, risultano giuridicamente imputabili a soggetti diversi.

D'altro canto, nemmeno può essere obliato che, come di recente ulteriormente precisato dalla giurisprudenza di settore, le garanzie di trasparenza e imparzialità nella conduzione di una gara d'appalto, oggi disciplinate dall'art. 77 del codice dei contratti, impediscono la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito

sull'appalto di che trattasi. Tuttavia la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente. Per predisposizione materiale della legge di gara deve intendersi cioè non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'Amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 24 giugno 2022, n. 5201; Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

In tal senso, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con riferimento all'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, ha evidenziato che la ratio della previsione è quella di conservare la distinzione tra i soggetti che hanno definito i contenuti e le regole della procedura e quelli che ne fanno applicazione nella fase di valutazione delle offerte.

L'interesse pubblico rilevante è in particolare quello di assicurare “che la valutazione sia il più possibile "oggettiva" e cioè non "influenzata" dalle scelte che la hanno preceduta, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara” (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13).

Nel caso di specie, come sopra anticipato, non vi sono elementi che consentano di affermare che il documento in questione debba essere attribuito al predetto funzionario nei termini suesposti.

10.3. Quanto fin qui evidenziato integra i rilievi formulati dal T.A.R. in ordine alla non incidenza della ipotizzata posizione di incompatibilità della dott.ssa - OMISSIS--sull'andamento dei lavori della commissione di gara, con particolare riguardo al nucleo centrale dei compiti ad essa demandati rappresentato dalla valutazione delle offerte presentate dai concorrenti: tanto si ricava agevolmente dal passaggio motivazionale con il quale il T.A.R. ha osservato che “*il mancato svolgimento di attività valutativa in senso stretto da parte della Commissione nella primigenia*

composizione rende irrilevante l'asserita partecipazione della dott.ssa -OMISSIS-al procedimento di redazione del Capitolato d'appalto della selezione. A prescindere dalla sussistenza di un effettivo apporto di quest'ultima al richiamato procedimento preparatorio, la sua sostituzione dalla carica di Presidente della Commissione antecedentemente alla valutazione delle offerte ha eliminato qualsiasi rischio di potenziale conflitto, nel pieno rispetto dell'art. 77, comma 4, del D. Lgs. n. 50 del 2016".

10.4. È quindi opportuno richiamare, sul punto, il testo della sentenza, in quanto concorrente alla esposizione delle effettive e decisive ragioni per le quali il T.A.R. ha respinto la censura suindicata: *“l'avvenuta sostituzione della dott.ssa -OMISSIS-, prima dell'avvio della fase di valutazione delle offerte tecniche, ha eliminato in radice ogni pericolo di violazione delle regole di imparzialità che devono presiedere allo svolgimento della procedura di selezione (cfr., per una fattispecie simile, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 8 marzo 2021, n. 616).*

Difatti, dal verbale relativo alle sedute del 18/21 maggio 2021, emerge che la Commissione giudicatrice non aveva ancora avviato la vera e propria attività valutativa, ma aveva iniziato soltanto l'esame, necessariamente preliminare, delle offerte tecniche. Tale conclusione è avvalorata, oltre che dal tempo complessivamente impiegato per tali attività (circa otto ore e trenta) – non sproporzionato alla cognizione delle offerte di tutti i partecipanti (sei offerenti, per un numero medio 26 di pagine per ogni offerta, non meramente descrittive, ma pregne di dati e riferimenti rilevanti per predisporre all'attribuzione dei punteggi) –, anche dalla mancata redazione delle tabelle contenenti l'assegnazione dei punteggi alle varie componenti dell'offerta (come invece avvenuto nelle successive sedute ad opera della Commissione in composizione variata: cfr. verbale sedute 8/10/11 giugno 2021).

10.5. In ogni caso, la Commissione nella nuova composizione, ha interamente rinnovato l'attività di competenza, come si desume dal verbale n. 301 dell'11 giugno 2021, ove si legge che la medesima *“inizia ... la lettura delle offerte tecniche”*, sostituendo in toto le attività della precedente Commissione, e giungendo all'attribuzione dei punteggi parziali e totali alle offerte tecniche, come attestato

dalle tabelle allegate al relativo verbale, e ciò impiegando un tempo di circa quattro ore superiore a quello impiegato dalla precedente Commissione.

Non assume rilievo determinante in senso opposto il riferimento, contenuto nella frase del verbale del 18/21 maggio 2021 sopra trascritta, ad attività descritta come valutativa e posta in essere dalla Commissione nella sua originaria composizione, vista l'assenza di una prova certa in tal senso e stante la già segnalata mancanza di tabelle riepilogative dei punteggi in ipotesi assegnati in tali sedute; laddove invece la rinnovata Commissione avesse utilizzato del tutto o in parte il materiale istruttorio predisposto in precedenza (tipo le griglie valutative, i supporti su cui operare, ecc.) – e ciò giustificerebbe pure la congruità delle tempistiche riferibili all'attività delle due Commissioni –, tale evenienza non potrebbe determinare alcun vizio della procedura, atteso che è consentito ad una Commissione giudicatrice avvalersi della collaborazione di soggetti esterni ad essa o utilizzare elaborati redatti da altri, purché tali ausili abbiano una funzione di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima: difatti, secondo una consolidata giurisprudenza, *“non è illegittimo di per sé che la Commissione di gara si faccia coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative che le competono da soggetti esterni, a condizione però che tali soggetti si limitino a svolgere compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima”* (Consiglio di Stato, III, 17 giugno 2021, n. 4683; altresì, V, 11 ottobre 2021, n. 6782)”.

10.6. Mediante i rilievi che precedono, quindi, il T.A.R. ha inteso evidenziare, con motivazione ampia, articolata e suffragata da molteplici e puntuali riferimenti alla documentazione di gara, che la commissione, nella (originaria) composizione caratterizzata dalla presenza della dott.ssa -OMISSIS-, non aveva svolto alcuna attività valutativa ma, semmai, di carattere meramente preparatorio, la quale era stata comunque rinnovata dalla neo-costituita commissione e che comunque, anche se fosse stata acquisita e recepita da quest'ultima, non sarebbe stata in grado di condizionare gli esiti della gara, nei suoi risvolti propriamente valutativi, assumendo valenza meramente strumentale rispetto a questi ultimi.

10.7. Premesso, quindi, che il ragionamento svolto dal T.A.R., al fine di respingere la censura in esame, intende porre in evidenza l'effetto sanante – o, più esattamente, rinnovatorio e sostitutivo - attribuibile, nei confronti dell'eventuale vizio originario della nomina della commissione di gara e dei relativi effetti sugli atti da essa posti in essere, alla nomina della nuova commissione, ne discende che la sentenza appellata si atteggia, in parte qua, in termini affatto “apodittici”, mentre, a fronte dello stesso ragionamento, sarebbe stato onere della parte appellante indicare specificamente le ragioni per le quali il vizio inficiante ab origine la nomina della commissione si sarebbe riverberato, nonostante l'attività rinnovatoria e/o parzialmente conservativa posta in essere dalla nuova commissione nei riguardi di quella esplicita dalla commissione precedente, sulla prima, viziandola irreparabilmente.

11. Con la successiva censura, la parte appellante reitera quella, formulata in primo grado, intesa a lamentare il conflitto di interessi che avrebbe, *ab imis*, caratterizzato la posizione della dott.ssa -OMISSIS-, in ragione del rapporto di parentela della stessa con una risorsa della concorrente Ranstad.

11.1. Essa deduce sul punto che la Presidente della commissione di gara avrebbe dovuto dichiarare la sussistenza del suddetto rapporto, conoscibile *ex ante*, prima ancora che, attraverso la lettura dell'offerta tecnica del concorrente, emergesse che il parente della medesima era stato indicato come parte del team che avrebbe concorso all'esecuzione del servizio, ed evidenzia il carattere del tutto laconico della dichiarazione di dimissioni resa dalla dott.ssa -OMISSIS-, non evincendosi da essa – né essendo emerso *aliunde* nel corso del giudizio di primo grado – il nominativo del dipendente della Ranstad in questione, né la natura del vincolo di parentela, né il ruolo concretamente ricoperto.

Aggiunge la parte appellante che il deficit di imparzialità dell'operato della commissione di gara, con il connesso pregiudizio all'immagine della P.A., deriva, per un verso, dall'attività preparatoria espletata, come riconosciuto dallo stesso T.A.R., dalla commissione di gara nella sua primigenia composizione, per l'altro verso, dalla permanenza nella commissione (parzialmente) rinnovata di un componente che aveva fatto parte del precedente collegio.

11.2. Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Deve in primo luogo osservarsi che, a fronte delle analitiche considerazioni svolte dal T.A.R. al fine di escludere che il vizio eventualmente inficiante l'iniziale atto di nomina avesse ripercosso i suoi effetti nei confronti dell'attività valutativa posta in essere dalla commissione rinnovata, come innanzi richiamate, la parte appellante non formula conferenti contestazioni, se non limitandosi ad evidenziare che lo stesso T.A.R. ha riconosciuto che l'originaria commissione aveva proceduto all'esame preliminare delle offerte e che di quella (parzialmente) rinnovata ha continuato a far parte un commissario che aveva concorso alla composizione della prima.

11.3. Ebbene, indipendentemente dall'eccezione di inammissibilità formulata dalle parti resistenti nei confronti di quest'ultima deduzione (siccome estranea al contenuto del ricorso introduttivo del giudizio), deve osservarsi che proprio il carattere meramente preparatorio (rispetto alle vere e proprie attività valutative) degli adempimenti posti in essere dalla commissione di gara nella sua originaria composizione, posto in evidenza dal T.A.R. e non adeguatamente confutato dalla parte appellante, induce ad escludere che il componente "confermato" abbia potuto essere condizionato, nello svolgimento, insieme ai membri neominati, dei suoi compiti valutativi, dalla iniziale presenza del componente incompatibile.

11.4. Peraltro, non può non osservarsi, *ad abundantiam*, che il profilo in esame è stato espressamente esaminato e respinto dal T.A.R. (laddove ha osservato che "in conseguenza di quanto evidenziato, nessuna influenza risulta aver esercitato la dott.ssa -OMISSIS-sul membro della Commissione che non è stato sostituito, il quale ha potuto prendere parte alla fase valutativa in senso stretto, effettuata dalla Commissione in composizione (parzialmente) rinnovata, senza alcun "pregiudizio" di sorta, considerata l'irrilevanza a tal fine di quanto posto in essere nel precedente stadio procedimentale"), senza che la sentenza appellata venisse fatta oggetto in parte qua di specifiche doglianze.

11.5. In ogni caso, le deduzioni della parte appellante, intese a sostenere che la dott.ssa -OMISSIS-avrebbe violato il suo dovere di astensione (insieme a quello,

strumentale, di carattere dichiarativo in ordine alla sussistenza di eventuali situazioni di incompatibilità), in tal modo inficiando, in virtù della interferenza verificatasi tra sfera personale e sfera istituzionale del pubblico funzionario, i presupposti di trasparenza ed imparzialità che devono accompagnare l'attività della P.A., non possono essere condivise.

Deve premettersi che la norma cardine, al fine di verificare la sussistenza di una situazione di incompatibilità in capo ad un componente della commissione di gara, è individuabile nell'art. 77, comma 6, d.lvo n. 50/2016, a mente del quale "si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice".

Tra le fattispecie generatrici della situazione (potenziale) di incompatibilità e, quindi, del conseguente dovere di astensione del commissario viene in rilievo, in particolare, quella che all'art. 51, comma 2, c.p.c. riconduce alla sussistenza di "gravi ragioni di convenienza" nonché quella di cui all'art. 42, comma 2, d.lvo cit., ai sensi del quale "si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62".

Il richiamato art. 7 d.P.R. n. 62/2013, a sua volta, dispone che "il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito

significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza”.

Infine, il comma 2 dell’art. 6 del medesimo d.P.R. dispone che “il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado”.

11.6. Le disposizioni citate fondano quindi la situazione di conflitto di interessi tra l’interesse pubblico, che deve essere obiettivamente ed imparzialmente perseguito dal pubblico funzionario, e quello personale, sulla incidenza della sua attività su interessi propri del dipendente o, per quanto rileva ai fini della presente controversia, di suoi parenti.

Ebbene, deve escludersi che l’attività di commissario sia suscettibile di incidere – finché non emerga un più diretto coinvolgimento del dipendente o del suo parente nella vicenda amministrativa in ordine alla quale il primo debba adottare una decisione, quale nella fattispecie in esame si è avuto con la scoperta dell’inserimento del parente della dott.ssa Donnaz nel team destinato dalla Ranstad all’esecuzione del servizio de quo – su un interesse proprio del medesimo ovvero di un suo parente che lavori alle dipendenze di un potenziale concorrente.

Invero, tra il (potenziale) concorrente alla gara ed i suoi lavoratori si instaura un rapporto contrattuale che, da un lato, ne rimarca l’alterità soggettiva, dall’altro lato non consente di identificare uno specifico e concreto interesse che i secondi abbiano all’acquisizione, da parte dell’impresa dalla quale dipendano, di una ulteriore commessa, tale da minare l’imparzialità del commissario, che abbia con uno di quei lavoratori un rapporto di parentela, chiamato a valutare l’offerta da esso presentata (o che potrebbe astrattamente presentare).

Deve infatti osservarsi che l’assetto di interessi intercorrente tra l’impresa ed i suoi dipendenti è cristallizzato dal contratto di lavoro, con la conseguenza che

l'esito della gara, cui la prima intenda partecipare, è insuscettibile di riverberare effetti immediatamente vantaggiosi a favore dei secondi, diversi ed ulteriori rispetto a quelli, inderogabili per le parti, che sono fissati dalle clausole di quel contratto e che sono permeati dalla tendenziale contrapposizione degli interessi di cui le due figure sono rispettivamente titolari.

L'impresa, quindi, nelle multiformi espressioni soggettive in cui si manifesta e struttura, e tanto più quando, come nella specie evidenziato dal T.A.R. e non confutato dalla parte appellante, si tratti di "una multinazionale con numerose filiali anche in Italia e con un rilevante numero di dipendenti", interpone uno schermo tra gli interessi del dipendente e quello pubblico che deve essere perseguito dal pubblico funzionario, pur chiamato ad assumere decisioni e/o ad esprimere valutazioni incidenti sugli interessi facenti capo alla prima, con la conseguente non predicabilità, agli effetti applicativi delle norme in tema di incompatibilità e dovere di astensione del pubblico dipendente, di una incidenza diretta dell'attività di quest'ultimo sugli interessi personali dei suoi lavoratori.

11.7. Del resto, l'intensità che deve caratterizzare il rapporto di cointeressenza tra il dipendente ed il terzo è rimarcata dalla qualificazione di "gravità" delle ragioni di convenienza generatrici del dovere di astensione, prevista dalle disposizioni citate: gravità che, a differenza della fattispecie esaminata, si configurerebbe laddove fosse più stretto il rapporto di immedesimazione, anche in termini di interessi, tra il (potenziale) concorrente ed il parente del commissario, come si verificherebbe laddove, come evidenziato dal T.A.R., il primo rivestisse il ruolo di amministratore o istitutore ovvero fosse comunque "incaricato di funzioni direttive".

11.8. Discende, dai rilievi che precedono, che non può trovare accoglimento il tentativo della parte appellante di anticipare il "quando" della (doverosa) dichiarazione di dimissioni della dott.ssa Donnaz, rispetto al momento in cui ha appreso del coinvolgimento del parente nell'esecuzione dell'appalto, a quello stesso in cui è stata investita delle funzioni di Presidente della commissione di gara, non potendosi ritenere che, già in quella fase, e pur potendo ragionevolmente presumersi che ella fosse a conoscenza del fatto che il parente

si trovava alle dipendenze della Ranstad e che questa operasse nello specifico settore cui ineriva la gara in cui era stata chiamata a svolgere quelle funzioni, fosse configurabile una situazione di conflitto di interesse da cui far derivare quel dovere, come sostenuto dalla parte appellante.

11.9. Deve solo aggiungersi che non assume rilievo, a differenza di quanto ritenuto da quest'ultima, il fatto che la dott.ssa Donnaz non abbia specificato il tipo di parentela con il dipendente della Ranstad, né il ruolo da lui ricoperto né il relativo nominativo: deve infatti osservarsi, da un lato, che la sussistenza del rapporto di parentela, insieme all'inserimento del parente nel team destinato dalla Ranstad all'esecuzione del servizio, erano sufficienti a legittimare la dichiarazione di astensione, dall'altro lato, una volta acclarato (come ha fatto il T.A.R. con statuizione inoppugnata) che il suddetto rapporto "intercorre con un "amministrativo" (vedi verbale di gara, munito di fede privilegiata)", il grado della parentela (che peraltro nel verbale n. 274 del 18 maggio 2021 si precisa chiaramente come "di secondo grado"), al pari del nominativo e del ruolo concretamente svolto dal parente nell'organigramma della Ranstad, non apparivano idonee ad "aggravare" e/o "anticipare" la situazione di incompatibilità (fermo restando che sarebbe stato onere della parte appellante fornire ulteriori elementi al riguardo, ove ritenuti utili ai fini delle sue prospettazioni).

Né può condurre a diverse conclusioni il disposto dell'art. 6, comma 1, d.P.R. n. 62/2013, ai sensi del quale "il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando:

- a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziati con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione;
- b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate".

Deve infatti osservarsi che, da un lato, la norma non attiene direttamente ai limiti applicativi del dovere di astensione, ma agli oneri informativi del dipendente all'atto dell'assunzione dell'ufficio, dall'altro lato, essa ha come presupposto la sussistenza, non ravvisabile nella fattispecie in esame, di “rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti” che il funzionario “abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni”.

12. Il riferimento normativo, tuttavia, è utile nella misura in cui consente di evidenziare che anche le Linee Guida ANAC n. 15, richiamate più volte dalla parte appellante a conforto delle sue deduzioni, specifica, in relazione ad esso, che “a titolo esemplificativo si può far riferimento all'ipotesi in cui un funzionario sia parente di un imprenditore che abbia interesse a partecipare, per la sua professionalità, alle gare che la stazione appaltante deve bandire”: ciò a dimostrazione della inidoneità del rapporto di parentela con un semplice dipendente, in mancanza di ulteriori e qualificati elementi, a generare, in via automatica e incondizionata, il predicato dovere di astensione.

13. Il successivo motivo di appello, come anticipato, si propone di censurare la sentenza appellata relativamente alla statuizione reiettiva del motivo di ricorso con il quale si faceva rilevare, da un duplice punto di vista, riconducibile comunque alla dedotta violazione dell'art. 77, comma 5, d.lvo n. 50/2016 (ai sensi del quale “coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto”), l'incompatibilità del dott. Igor -OMISSIS- subentrato – per effetto della determina n. 241 del 3 giugno 2021, avente ad oggetto “rettifica nomina commissione giudicatrice” - alla dimissionaria dott.ssa -OMISSIS--nella veste di Presidente della Commissione di gara.

13.1. L'incompatibilità del dott. -OMISSIS- alla luce del curriculum allegato alla determina di nomina, veniva allegata dalla parte ricorrente sotto una duplice angolazione:

- perché, sino al 31 dicembre 2021, aveva ricoperto la carica di Coordinatore - Dirigente di primo livello del Dipartimento Personale ed Organizzazione della Regione Autonoma Valle d'Aosta nonché, sino al marzo 2019, l'incarico di Coordinatore – dirigente di primo livello del Dipartimento Sanità, Salute e Politiche Sociali dell'Assessorato della Sanità della R.A.V.A.;

- perché, dal 15 giugno 2017 al 14 giugno 2020, aveva ricoperto “*mansioni e responsabilità*” di Direttore Generale dell'A.U.S.L. Valle d'Aosta.

13.2. Il T.A.R., come si è visto, ha respinto, sotto entrambi i profili, la censura, essenzialmente ponendo l'accento, quanto al primo aspetto, sulla autonoma soggettività giuridica della AUSL Valle d'Aosta, cui era attribuibile la paternità della gara, rispetto alla Regione Autonoma Valle d'Aosta, non potendo riconoscersi rilievo, ai fini applicativi della citata clausola di incompatibilità, al rapporto di “controllo” esistente tra la prima e la seconda, nonché, quanto al secondo aspetto, al carattere meramente “figurativo” dell'incarico assunto dal dott. -OMISSIS- nell'ambito dell'Ente sanitario, atteso che lo stesso gli era stato riconosciuto, all'esito del contenzioso instaurato con l'Amministrazione (conclusosi con la sentenza di ottemperanza di questa Sezione n. 3947 del 19 giugno 2020), allorquando era ormai decorso il termine triennale di durata dell'incarico medesimo.

13.3. Come ugualmente si è innanzi accennato, la sentenza appellata viene censurata, *in parte qua*, perché, dal primo punto di vista, la stretta interconnessione esistente tra la Regione controllante e la AUSL controllata avrebbe dovuto condurre, in un'ottica interpretativa di carattere “logico e sistematico”, da preferire a quella “formalistica ed atomistica” sulla quale si reggerebbe la sentenza appellata, anche alla luce delle Linee Guida ANAC n. 15, all'affermazione della incompatibilità del dot. -OMISSIS- nonché, dal secondo punto di vista, perché tra gli effetti “curriculari” discendenti dalla citata sentenza di ottemperanza, per effetto della quale il dott. -OMISSIS- era stato reintegrato nell'incarico di Direttore Generale della AUSL, non poteva non rientrare anche la dedotta situazione di incompatibilità, ai sensi del citato art. 77, comma 5, d.lvo n. 50/2016, “da interpretarsi restrittivamente alla luce delle citate Linee Guida

A.N.A.C. n. 15”, derivando dalla “presistenza di un contenzioso in ordine alla nomina del dott. -OMISSIS- alla Direzione Generale dell’A.U.S.L., cui ha fatto seguito la reintegrazione nell’incarico per il lasso temporale preso in considerazione dal precitato comma 5 dell’art. 77 del Codice dei Contratti Pubblici, a prescindere dall’effettivo esercizio delle relative funzioni”, la compromissione “dei requisiti di imparzialità e di terzietà, richiesti dalla norma”.

13.4. Il motivo di appello non è meritevole di accoglimento.

13.5. Iniziando dagli incarichi ricoperti dal dott. -OMISSIS- nel biennio rilevante ai fini astrattamente applicativi dell’art. 77, comma 5, d.lvo n. 50/2016, deve osservarsi che l’interpretazione del T.A.R., incentrata sulla distinta soggettività giuridica della AULS rispetto alla Regione Autonoma Valle d’Aosta, risponde al dettato testuale della disposizione, la quale correla la situazione di incompatibilità alla nomina quali commissari giudicatori “relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d’istituto”: non potendo non osservarsi, a tale riguardo, che la Regione Autonoma Valle d’Aosta – presso la quale il dott. -OMISSIS- ha esercitato le funzioni asseritamente generatrici della situazione di incompatibilità contestata – rappresenta un’Amministrazione diversa da quale affidataria del contratto oggetto della gara in esame.

Ma la soluzione interpretativa fatta propria dal T.A.R. risponde anche ad un canone ermeneutico di carattere logico e sistematico, connesso alla ratio della disposizione invocata.

Se infatti si considera che essa si correla al *minus* di imparzialità potenzialmente derivante dallo svolgimento di compiti di carattere latamente politico-amministrativo, conseguente alla pluralità e varietà di interessi, pubblici e privati, che il “pubblico amministratore” deve valutare e mediare nell’esercizio delle sue funzioni, ed alla eterogeneità di tali funzioni rispetto a quelle demandate al commissario di gara, che deve invece ispirare la sua attività a parametri di stretta aderenza ai criteri valutativi dettati dalla *lex specialis*, ne discende che la non sovrapponibilità tra gli interessi gestiti ed amministrati dell’Amministrazione regionale (ed i soggetti che ne sono titolari) e quelli propri dell’Ente sanitario

elide l'esigenza di prevenire quella situazione di incompatibilità, cui la norma in esame è preordinata: ciò tanto più in quanto le disposizioni in tema di incompatibilità, come in precedenza riconosciuto dalla giurisprudenza, devono essere interpretate in senso restrittivo, atteso il loro effetto limitativo delle funzioni proprie dei dipendenti dell'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4035 del 17 giugno 2019).

Né, in senso contrario, potrebbe farsi leva sul "controllo" che la Regione esercita sulla AUSL, atteso che, se è vero che, come si è detto, la ratio della norma in tema di incompatibilità è di evitare che l'esercizio delle funzioni di commissario di gara possa essere "contaminato", anche sul piano della salvaguardia dell'immagine di imparzialità e trasparenza della P.A., dalle relazioni che il "pubblico amministratore", nella fase genetica dell'incarico ed in quella esecutiva del relativo *munus*, possa aver intessuto con i portatori di interessi destinati ad essere toccati dall'esercizio di quest'ultimo, è evidente che tale pericolo non si configura laddove le funzioni di commissario di gara siano svolte presso un Ente che gestisce interessi di natura diversa e specifica, come quelli inerenti al settore sanitario, i quali vengono solo in forma indiretta e mediata – dall'attività amministrativa "attiva" svolta dalla AUSL - in rilievo nell'ambito della suddetta funzione di "controllo".

13.6. A non diversa soluzione reiettiva deve pervenirsi in relazione all'incarico ricoperto dal dott. -OMISSIS- presso la AUSL Valle d'Aosta.

Anche a tale riguardo, assume rilievo dirimente il tenore testuale della disposizione invocata dalla parte appellante, la quale subordina la situazione di incompatibilità alla condizione che si tratti di gara finalizzata all'affidamento di un contratto da parte delle Amministrazioni presso le quali i commissari abbiano esercitato le proprie funzioni d'istituto.

Invero, il riferimento normativo all'"esercizio" delle funzioni d'istituto evoca la necessaria concretezza ed effettività che devono averlo caratterizzato: requisiti non ravvisabili laddove, come nella fattispecie in esame, l'inserimento dell'incarico di Direttore Generale della AUSL Valle d'Aosta nel curriculum sia derivato, come precisato con apposita postilla apposta alla suddetta voce

curriculare, dalla sentenza di ottemperanza n. 3947/2020, con la quale questa Sezione, nel disporre il reintegro del dott. -OMISSIS- nella suddetta posizione, ha statuito che, nell'ipotesi di impossibilità di esecuzione in forma specifica della misura ripristinatoria, conseguente all'eventualità, di fatto avveratasi, del decorso della durata dell'incarico alla data di adozione del provvedimento di ripristino, il risarcimento del danno sarebbe avvenuto solo per equivalente (ovvero agli effetti essenzialmente economici e previdenziali).

Anche da tale punto di vista milita, nella suesposta direzione interpretativa, la ratio della disposizione, connessa all'esigenza di evitare profili di inopportuna promiscuità tra le funzioni amministrative svolte nella veste di "pubblico amministratore" e quelle, ispirate a più rigorosi requisiti di indipendenza ed imparzialità, proprie dei componenti della commissione giudicatrice.

Infine, non assume rilievo – ove inteso a dedurre un ulteriore profilo di incompatibilità – il "preesistente contenzioso" tra la AUSL ed il dott. -OMISSIS- cui accenna la parte appellante in, già per il fatto che lo stesso è del tutto estraneo al contenuto critico del ricorso introduttivo del giudizio.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, salvo che per i motivi espressamente rinunciati, di cui occorre prendere atto, l'appello va respinto.

La peculiarità e novità in fatto delle questioni scrutinate giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza così provvede:

- in parte, e nei limiti indicati in parte motiva, dichiara la parziale estinzione del giudizio per rinuncia;
- per il resto lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO