



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consigli
Tribunali**

[Indietro](#)

Publicato il 11/05/2018

N. 02835/2018REG.PROV.COLL.

N. 08173/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 8173 del 2017, proposto
da

Consorzio Cooperative Kursana
Coop. Soc. A R.L., in persona del
legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli
avvocati Filippo Martinez, Davide
Moscuza, con domicilio eletto
presso lo studio Filippo Martinez in
Roma, via Alessandria n. 130;

contro

Cooperativa Sociale Eurotrend
Assistenza S.C. A R.L. non
costituito in giudizio;

nei confronti

Comune di Sarezzo, in persona del
legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv.
Domenico Bezzi, con domicilio
eletto presso lo studio Paolo Rolfo
in Roma, via Appia Nuova N. 96;
Centrale Unica di Committenza
della Valle Trompia non costituito
in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R.
LOMBARDIA - SEZ.
STACCATA DI BRESCIA:
SEZIONE II n. 01306/2017, resa
tra le parti, concernente gara per
l'affidamento di servizi assistenziali

Visti il ricorso in appello e i relativi
allegati;

Visto l'atto di costituzione in
giudizio di Comune di Sarezzo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Davide Moscuza e Paolo Rolfo su delega di Domenico Bezzi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame il Consorzio di Cooperative appellante Kursana s.c.a.r.l. chiede la riforma della sentenza con cui il Tar:

a) ha rigettato le eccezioni preliminari di tardività dell'impugnazione dell'atto di nomina della commissione giudicatrice della gara aperta per € 5.737.421,82, diretto all'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi presso la Residenza Sanitaria Assistita Madre

Teresa di Calcutta per la durata di 33 mesi, con facoltà di rinnovo;

b) ha parzialmente accolto il primo motivo del ricorso di primo grado della Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza s.c.ar.l. relativamente alla incompatibilità di due commissari ed in particolare:

-- l'architetto Veronesi, Responsabile dell'Area Gestione del Territorio della Centrale Unica di Committenza della Val Trompia che aveva approvato la lex specialis di gara;

-- il dott. Ronchi, Responsabile dell'Area Servizi alla Persona del Comune di Sarezzo, in nome e per conto del quale era stata effettuata la procedura, era stato indicato come direttore dell'esecuzione del contratto ed aveva approvato l'aggiudicazione definitiva della gara al Consorzio Kursana;

c) ha respinto tutte le altre censure stabilendo che l'amministrazione avrebbe potuto "disporre la rinnovazione della procedura a

decorrere dall'indicato segmento procedurale”.

Il Comune di Sarezzo, con l'atto di costituzione “ad adjuvandum” e con la memoria per l'udienza pubblica, ha sottolineato la correttezza delle argomentazioni di parte appellante e ha concluso per la riforma della sentenza.

Con decreto monocratico del 21 novembre 2017 del Presidente della Terza Sezione, confermata con ordinanza del 15 dicembre 2017, è stata accolta la misura cautelare della decisione impugnata.

Chiamata all'udienza pubblica di discussione, uditi i difensori delle parti la causa è stata ritenuta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

I. Con il primo motivo l'appellante assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di tardività del gravame di primo grado per la mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di nomina della Commissione.

Il motivo è infondato.

Nelle gare pubbliche l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale.

Come è noto, la nomina deve invece essere effettuata dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (art.77 comma 7).

La nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (cfr. “infra multis” Consiglio di Stato sez. V 16 gennaio 2015 n. 92).

Di qui la piena ammissibilità del gravame di primo grado.

2.§. Per evidenti ragioni di economia processuale possono essere esaminati congiuntamente i restanti motivi di gravame con cui si lamenta l'erroneità della ritenuta incompatibilità del presidente della commissione architetto Veronesi.

2.§.1. Con il secondo motivo, l'appellante Kursana sottolinea come in primo grado la ricorrente aveva censurato l'incompatibilità del predetto funzionario, in quanto questo aveva proceduto all'approvazione del verbale di valutazione della busta amministrativa (determina n. 40 del 13/3/2017) e dei verbali di valutazione delle offerte tecniche ed economiche (determina n. 68 il 24/3/2017).

La pretesa incompatibilità del predetto arch. Veronesi per aver, in precedenza, approvato la determina a contrarre n. 2 del 17 gennaio 2017 in qualità di responsabile di area, sarebbe stata dedotta solamente

con la memoria in vista dell'udienza.

Di conseguenza la censura avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile.

2.§.2. Con il terzo motivo si censura l'erronea applicazione degli artt. 77, comma 12 e dell'articolo 216, comma 12 del nuovo Codice dei Contratti di cui al d.lgs.18 aprile 2016 n.50. La sentenza avrebbe ignorato la disciplina transitoria, in base alla quale il nuovo sistema sarebbe andato a regime solamente quando sarà completato l'albo dei commissari di cui all'art. 78.

Ciò sarebbe confermato anche dal comunicato del Presidente dell'ANAC del 3 aprile 2017 secondo cui la nomina della commissione continua ad essere di esclusiva spettanza delle pubbliche amministrazioni secondo regole di organizzazione e di trasparenza preventivamente individuate.

Il divieto di nomina in questione non avrebbe dunque potuto riguardare il presidente, che era

stato designato in relazione alla disciplina di cui all'articolo 84 comma 4 del d.lgs. n. 163/2006.

2.§.3. Con il quarto motivo si sottolinea l'erroneità della pronuncia rilevando che l'architetto Veronesi avrebbe solo formalmente approvato gli atti di gara, nella determina a contrarre della centrale di committenza. Il Comune di Sarezzo, destinatario della commessa, aveva provveduto a definire il capitolato speciale, l'elenco prezzi, il quadro economico, l'importo base d'asta, il periodo di svolgimento dell'appalto, il computo metrico, il DUVRI, il tipo di procedura, lo schema di determina contrarre e la bozza di contratto.

Tutti i predetti atti erano stati sottoscritti esclusivamente dalla rag. Elena Merli, responsabile del procedimento per il Comune, mentre l'architetto Veronesi non avrebbe partecipato alla redazione di atti di gara ma si sarebbe limitato alla loro "approvazione" solo ai fini

della verifica formale di regolarità. L'arch. Veronesi non sarebbe mai entrato nel merito delle valutazioni per cui non avrebbe svolto alcuna sostanziale funzione, né alcun incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, ai sensi di cui articolo 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016.

Sarebbe mancato un suo contributo sostanziale a fissare i contenuti e le regole di gara in modo significativo così come specificato dall'Adunanza plenaria n. 13/2013.

Né, come affermato al Tar, l'articolo 77 comma 4 prevederebbe alcuna incompatibilità rispetto alla pretesa coincidenza tra soggetto controllato (presidente della commissione giudicatrice) e soggetto controllore (responsabile della gestione del territorio della comunità umana di Valle Trompia).

Infine se l'architetto Veronesi aveva nominato la commissione con la determina n. 33/2017, la "individuazione" dei commissari

sarebbe stata fatta da RUP rag. Merli, come emerge dalle premessa al predetto atto.

2.§.4. Può prescindersi dall'esame del motivo di appello con cui si lamenta l'inammissibilità della censura di incompatibilità del Presidente della Commissione perché introdotta tardivamente con la memoria per l'udienza di primo grado, alla luce dell'infondatezza della predetta censura tardivamente dedotta in primo grado dall'odierna appellata Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza.

Nel merito, secondo consolidati orientamenti della Sezione (cfr. da ultimo n. 695 del 05/02/2018), la questione fondamentale dedotta con i vari motivi deve essere favorevolmente scrutinata alla luce del regime transitorio di applicazione del nuovo Codice.

Il comma 12 dell'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 (e prima del correttivo di cui al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il comma 12 dell'art. 77) stabilisce che *“Fino alla adozione della disciplina*

in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante

Il rilievo della disciplina transitoria non è solo giuridico-formale, ma attiene alla struttura stessa del sub-procedimento di valutazione tecnica delle offerte di cui al comma 3 dell'art. 77 del d.lgs.18 aprile 2016 n.50, fondato su un meccanismo per il quale i commissari sono scelti:

- “...fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC...” ma solo ...mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione;
- di norma “non appartenenti alla stessa stazione appaltante” e in via di eccezione “solo se non

disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante “.

In questo quadro, il mancato completamento degli elenchi di esperti “terzi” era un presupposto assolutamente necessario per la nomina di un organo assolutamente separato dalla stazione appaltante, e ciò rendeva impossibile l'applicazione dell'intero impianto, ivi compreso il comma 4 del medesimo art. 77.

Nel periodo transitorio, si doveva fare pertanto riferimento al quarto comma del precedente art. 84 per cui "I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta").

Nel caso di specie, considerando dunque che la disciplina transitoria doveva essere ricollegata anche al

momento di approvazione del bando di gara esame avvenuto il 17.1.2017, legittimamente la centrale di committenza della Val Trompia, “ratio temporis”, aveva effettuato la nomina della commissione di gara facendo riferimento, ai sensi dell'art. 84 del (oggi abrogato) d.lgs. n.163/2006, per la valutazione della possibile incompatibilità del responsabile dell'area.

Per questo, in base alla ricordata disciplina transitoria la coincidenza delle funzioni di Dirigente dell'Area della Centrale di committenza con quelle di Presidente della Commissione non determinava alcuna astratto incompatibilità.

Una qualche ragione di incompatibilità non risulta peraltro sussistere neanche in concreto.

Infatti, come chiarito dall'Adunanza plenaria n. 13 del 7 maggio 2013, la norma del precedente codice rispondeva all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione

di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi.

Il ricordato art. 84 era espressione di consolidati principi di trasparenza e di parità di trattamento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.6.2013, n. 3316) e per tale ragione deve essere interpretato in senso sostanziale.

In tale scia, sempre a proposito dell'art. 84 del (oggi abrogato) Codice dei contratti pubblici è stato affermato che:

-- è fisiologico che il dirigente preposto al settore interessato, e quindi in qualche misura coinvolto per obbligo d'ufficio, svolga nello specifico lavoro, servizio o fornitura oggetto dell'appalto, le verifiche formali estranee alla determinazione del contenuto degli atti di gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22.1.2015, n. 226);

-- 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 o della mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che egli sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);

-- la previsione del principio di cui all'art. 84 non vale a rendere incompatibili tutti i soggetti che, in quanto dipendenti della stazione appaltante, siano in qualche misura coinvolti nell'appalto dato che la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dalla semplice appartenenza del funzionario, componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32);

-- diversamente opinando, ne discenderebbe l'irragionevole impossibilità di espletamento delle

gare nelle stazioni appaltanti di piccole dimensioni ed il contrasto, parimenti irragionevole, con le regole che impongono, nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti, di valutare previamente l'esistenza di professionalità nella stessa Pubblica Amministrazione, prima di nominare componenti esterni delle Commissioni giudicatrici (cfr. Cons. Stato, 5 febbraio 2018 n. 695).

Alla luce dei principi esposti, come esattamente denunciato con la quarta rubrica, nessuna implicazione di incompatibilità si ritiene possa conseguire dalla mera sottoscrizione della delibera di indizione della gara e di aggiudicazione, trattandosi di atti estranei alla fase di definizione e predisposizione dei contenuti e delle regole della procedura.

Nel caso in esame, l'arch. Fabrizio Veronesi -- esclusivo Responsabile dell'Area Gestione Territorio della Comunità Montana di Valle Trompia quale Centrale Unica di

Committenza -- aveva solo formalmente approvato “per debito d’ufficio” gli atti della gara in oggetto che erano stati redatti, ed approvati dal rag. Elena Merli RUP del Comune di Sarezzo, senza che risultasse alcun concreto e diretto intervento o contributo su di essi dell’arch. Veronesi.

Nella sostanza non è stato addotto dalla società ricorrente in primo grado alcun concreto elemento probatorio utile a dimostrare la sussistenza di elementi specifici atti a far ritenere che l’arch. Veronesi abbia concretamente partecipato alla fase preliminare della formazione degli atti di gara ed abbia comunque svolto un’attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull’affidamento dell’appalto.

In conclusione, negli esaminati profili e motivi, l’appello deve dunque essere accolto.

3.§. Con il quinto motivo si lamenta poi l’erroneità anche dell’affermazione

dell'incompatibilità, ai sensi dell'articolo 77, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016 della nomina, quale componente della Commissione giudicatrice, del dottor Ronchi che era stato indicato, nel bando di gara, quale futuro "Direttore dell'esecuzione del Contratto". Per il Tar la successiva sostituzione con la dottoressa Cortesi quale "Direttore dell'esecuzione" non avrebbe fatto venir meno l'incompatibilità perché al momento delle valutazioni egli risultava a tutti gli effetti direttore dell'esecuzione del contratto.

La Società appellante sottolinea che il ricordato comma 4 dell'articolo 77 prevede che l'incompatibilità dei commissari è relativa agli incarichi svolti prima dell'ambito della procedura oggetto dell'affidamento ed altresì determina la successiva incompatibilità per coloro che abbiano fatto parte di una commissione valutatrice a ricoprire un ruolo tecnico amministrativo in sede di esecuzione del contratto

(così come del resto specificato dall'Adunanza plenaria n. 13/2013). Per cui la partecipazione del dottor Ronchi alla commissione avrebbe eventualmente viziato solo l'attribuzione ed il futuro svolgimento delle funzioni di direttore dell'esecuzione.

Sulla scia del medesimo ordine di considerazioni che precedono, l'assunto merita piena adesione.

Nella procedura di gara in questione, non ricorreva alcuna incompatibilità tra le funzioni del responsabile unico del procedimento (RUP) e quella di componente della commissione (in tal senso anche: Consiglio di Stato, sez. V, 23.10.2012, n. 5408).

In virtù del regime transitorio, si doveva dar rilievo, al riguardo, all'articolo 10, comma 2, del (abrogato) d.lgs. n. 163 del 2006 per cui il RUP *“svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice...che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti”*, per cui ben può svolgere,

nella medesima procedura di gara, anche funzioni di componente del seggio di gara.

Tale precetto del resto è stato confermato anche dal comma 4 dell'art. 77 del nuovo Codice, per cui “... *La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*”.

Quindi a nomina del RUP nella Commissione giudicatrice non pone ex ante una preclusione assoluta e di principio.

La nomina nella Commissione giudicatrice ex art. 77 cit. determina solo una pregiudiziale incompatibilità di principio ad esercitare successivamente le funzioni di nomina del direttore dell'esecuzione.

In conseguenza del tutto correttamente il Comune aveva proceduto alla nomina di un'altra funzionaria, onde rimuovere l'incompatibilità del dottor Ronchi derivante dalla sua partecipazione alla Commissione.

Infine si deve osservare che, per contro, la parte ricorrente in primo grado non ha addotto validi argomenti a sostegno della esorbitanza o della devianza in concreta dell'attività del predetto RUP.

Il motivo merita dunque piena adesione.

4.§. In conseguenza delle affermazioni che precedono l'appellante non ha più interesse alla settima censura, con cui lamentava l'erroneità comunque della motivazione relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto sottoscritto con l'appellante per violazione dell'articolo 122 c.p.a.

Può dunque prescindersi dal suo esame per sopravvenuto difetto di interesse.

5. §. L'appello deve dunque essere accolto e per l'effetto in riforma della sentenza, il ricorso di primo grado deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza nei riguardi dell'appellata, mentre

possono essere compensate con il Comune di Sarezzo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. Accoglie l'appello, come in epigrafe proposto, e per l'effetto annulla la sentenza impugnata.

2. Condanna l'appellata Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza S.C. A R.L. al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidate in € 3000,00 oltre agli accessori come per legge.

Spese compensate con il Comune di Sarezzo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo,

Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia,

Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE

**Umberto
Realfonzo**

**IL
PRESIDENTE**

**Lanfranco
Balucani**

IL SEGRETARIO

© 2014 - giustizia-amministrativa.it

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Regole di accesso](#) [Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#) [Informativa privacy](#)