

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 193 del 09 gennaio 2019

Publicato il 09/01/2019

**00193/2019REG.PROV.COLL.
01091/2018 REG.RIC.**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1091 del 2018, proposto da:
Comune di Treviso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati
OMISSIS;

contro

OMISSIS con socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati
OMISSIS;

nei confronti

OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA: SEZIONE I n. 00088/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della OMISSIS con socio unico, che ha spiegato anche appello incidentale,
e della OMISSIS;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2018 il Cons. OMISSIS e uditi per le parti gli avvocati
OMISSIS e, in sostituzione dell'avv. OMISSIS;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Comune di Treviso ha interposto appello nei confronti della sentenza 25 gennaio 2018, n. 88 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, che ha accolto il ricorso ed i motivi aggiunti proposti dalla OMISSIS avverso la determinazione del Settore Polizia locale, Affari generali e istituzionali n. 452 in data 24 marzo 2017, recante l'aggiudicazione alla OMISSIS della procedura aperta, secondo il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del “servizio di gestione del procedimento sanzionatorio delle violazioni amministrative alle norme del codice della strada, leggi e regolamenti di competenza della Polizia locale”, lotto 1 (relativo in particolare al “servizio di gestione del procedimento sanzionatorio delle violazioni amministrative alle norme del Codice della Strada per veicoli con targa italiana e trasgressori ovvero obbligati in solido residenti in Italia”) e gli atti presupposti, tra cui quello di nomina della Commissione giudicatrice in data 20 dicembre 2016, nonché la delibera di Giunta comunale n. 251 del 19 ottobre 2016.

All'esito della procedura OMISSIS aveva conseguito punti 78,30 su 100 e OMISSIS punti 85,38 su 100, venendo, quest'ultima, pertanto dichiarata aggiudicataria.

Con il ricorso in primo grado la società OMISSIS impugnava l'aggiudicazione in favore della OMISSIS, censurando la composizione della Commissione giudicatrice per violazione degli artt. 77 e 78 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella prospettiva che il presidente della stessa non poteva assumere tale ruolo in quanto rivestiva contemporaneamente la qualità di dirigente (comandante della Polizia locale) e di r.u.p., nonché la inadeguata predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte ed il vizio motivazionale nell'attribuzione dei punteggi, risultati quindi arbitrari ed illogici; con i motivi aggiunti poi contestava i punteggi tecnici, insistendo per l'ostensione integrale dell'offerta tecnica della società aggiudicataria.

2. – La sentenza appellata, disattesa l'eccezione di irricevibilità, ha accolto il ricorso nell'assorbente considerazione che, alla stregua di quanto disposto dall'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, il R.U.P. non può essere componente della Commissione giudicatrice neppure quale presidente, a garanzia dell'imparzialità dell'azione amministrativa; l'efficacia della disposizione non può, d'altro canto, ritenersi subordinata all'istituzione dell'albo previsto dal precedente comma 3; l'incompatibilità risulta tanto più evidente nel caso di specie, in cui la Commissione giudicatrice risulta composta, oltre che dal R.U.P. quale presidente, nonchè capo della Polizia locale, dal suo immediato sottoposto, in condizione di dipendenza funzionale. La sentenza ha altresì dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato nelle more del giudizio e dichiarato improcedibile la domanda di accesso.

3.- Con il ricorso in appello il Comune di Treviso ha dedotto l'erroneità della sentenza nell'assunto dell'inammissibilità del ricorso di primo grado per tardiva proposizione della censura accolta, concernente la violazione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 per illegittima composizione della Commissione giudicatrice, di cui OMISSIS avrebbe avuto contezza sin dall'1 febbraio 2017 od almeno dal 6 febbraio 2017, nonché per violazione dell'art. 77, nel combinato disposto di cui ai commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, ed ancora dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000.

4. – Si è costituita in resistenza la OMISSIS, puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione dell'appello; la società ha altresì riproposto i motivi assorbiti in primo grado ai fini dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., incentrati sulla mancata specificazione, nella *lex specialis*, dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, proponendo anche appello incidentale avverso il capo della sentenza che ha dichiarato improcedibile la domanda di accesso agli atti concernenti una grande parte dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria OMISSIS

5. – Si è altresì costituita in resistenza la OMISSIS concludendo per l'accoglimento dell'appello del Comune di Treviso.

6.- All'udienza pubblica del 24 maggio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello deduce l'inammissibilità del ricorso di primo grado per tardiva proposizione (con atto notificato in data 24 aprile 2017) della censura accolta, concernente la composizione della Commissione giudicatrice, nell'assunto che OMISSIS abbia avuto contezza della nomina del R.U.P. quale presidente già il 1 febbraio 2017 (data della nota prot. n. 14105 inviata via pec dal presidente della Commissione, dott. Tondato, concernente la richiesta di presentazione di una demo dimostrativa del sistema gestionale offerto), od, al più tardi, il successivo 6 febbraio, data della nota con cui OMISSIS aveva risposto, sempre via pec, al presidente della Commissione, dott. Tondato; la controinteressata OMISSIS identifica un ulteriore *dies a quo* nell'8 febbraio 2017, data della seduta di gara cui hanno partecipato i signori Fasato, Sanguin e Firzzarin per conto di OMISSIS; da tali momenti sarebbe decorso, ad avviso dell'appellante, il termine per proporre impugnazione, e non già dall'aggiudicazione, secondo quanto inferibile, in via interpretativa, anche dall'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc.

amm., che impone l'immediata impugnazione delle ammissioni ed esclusioni, oltre che dal rispetto dei principi di buona fede e leale collaborazione che devono presiedere ai rapporti tra concorrente e stazione appaltante.

Il motivo, nonostante la complessità della questione prospettata, è infondato.

Pur non ignorando l'esistenza di precedenti che affermano l'immediata impugnabilità della nomina della Commissione giudicatrice, la Sezione ritiene più corretto ribadire il prevalente indirizzo secondo cui nelle gare pubbliche detto provvedimento, al pari degli atti compiuti dalla Commissione nel corso del procedimento di gara, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere della immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale; di conseguenza la nomina dei componenti può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima, solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni di gara, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (in termini Cons. Stato, III, 11 maggio 2018, n. 2835; V, 16 gennaio 2015, n. 92).

L'appellante richiama le esigenze di concentrazione del processo che presidiano il rito superspeciale di cui all'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm., ma è evidente che, a fronte di una disciplina speciale, non applicabile analogicamente, occorre anche tenere conto delle regole processuali di un sistema di giurisdizione soggettiva, ed anzitutto di quella per cui il presupposto processuale dell'interesse al ricorso richiede i requisiti dell'immediatezza, concretezza ed attualità. Per tale ragione i bandi, i disciplinari, gli atti costitutivi della *lex specialis* di gara sono immediatamente impugnabili solo se contengano clausole chiaramente impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, laddove, sotto ogni altro aspetto, sono impugnabili solo con gli atti che degli stessi fanno applicazione; pertanto è escluso che debbano essere immediatamente impugnate le clausole del bando o della lettera di invito che non incidano direttamente ed immediatamente sull'interesse del soggetto a partecipare alla selezione comparativa e che dunque non determinano un immediato arresto procedimentale, come pure, per la stessa ragione, quelle riguardanti la composizione della Commissione giudicatrice.

2. – Il secondo, complesso, motivo di gravame si incentra poi sulla interpretazione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale dispone, nel testo allora vigente, che «*i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*». L'appellante critica i vari passaggi posti a fondamento della decisione di prime cure, assumendo che : a) la norma in questione, in soluzione di continuità con la corrispondente disposizione del precedente codice dei contratti pubblici (art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006), che non estendeva al presidente della Commissione il regime di incompatibilità proprio degli altri componenti, non risulta immediatamente applicabile, non essendo ancora stato istituito l'albo dei commissari di gara, previsto dal comma 3 dello stesso art. 77, cui fa riferimento anche il comma 8 ai fini della nomina del presidente; b) il cumulo delle funzioni di R.U.P. e di presidente della Commissione giudicatrice non viola le regole di imparzialità, secondo quanto rilevato dalla giurisprudenza e dall'A.N.A.C. a proposito dei componenti della Commissione che hanno escluso qualsivoglia automatismo in punto di incompatibilità; c) l'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000, delineando il particolare statuto ordinamentale degli enti locali, demanda ai dirigenti la competenza a formare e manifestare la volontà dell'ente di appartenenza, nonché a presiedere le commissioni di gara e di concorso, consentendo la contemporanea assunzione della qualità di R.U.P. e di presidente della Commissione di aggiudicazione; d) il rapporto del vice comandante della Polizia locale, componente della Commissione, con il comandante, presidente della medesima, non enuclea una supremazia gerarchica, né dà luogo ad alcuna forma di condizionamento, atteso che il personale della polizia locale riveste il medesimo *status* di tutti gli altri dipendenti degli enti locali.

Anche tale motivo è infondato.

2.1. – Procedendo per ordine, deve essere anzitutto disattesa la tesi dell'inoperatività dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, in attesa dell'istituzione dell'albo dei commissari istituito presso l'A.N.A.C., cui fa riferimento il comma 3 dello stesso articolo, non intervenuta al momento della nomina contestata. Invero, le due disposizioni sono autonome, come dimostra inequivocabilmente il comma 12, che contiene una disciplina transitoria fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'albo, rimettendo la nomina all'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 (tale disciplina transitoria è confermata dall'art. 216, comma 12, dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016).

2.2. – Con riguardo al regime di incompatibilità del cumulo delle funzioni di R.U.P. e presidente della Commissione, il fondamento è di stretto diritto positivo, e va rinvenuto nell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione *ratione temporis* applicabile, e cioè prima della novella del 2017, che ha introdotto nel corpo della norma l'ulteriore disposizione per cui «*la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*».

Occorre peraltro rilevare che la norma oggetto di scrutinio ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla quale la giurisprudenza aveva posto in evidenza che 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 (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n.13).

Peraltro, nel caso di specie, anche a volere fare una valutazione in concreto della situazione di incompatibilità sostanziale, il presidente della Commissione è stato il R.U.P. ed ha partecipato alla elaborazione degli atti di gara, in particolare del bando (da lui sottoscritto, unitamente al “progetto” del servizio di gara) e del capitolato speciale, da lui approvato con determina n. 1678 in data 27 ottobre 2016; quindi ha nominato la Commissione giudicatrice, indicando sé stesso quale presidente.

2.3. – Né a diversa soluzione può condurre la previsione di cui all'art. 107 t.u.e.l., in quanto, a parte la corretta affermazione del giudice di primo grado circa il rapporto di specialità per materia intercorrente tra la disciplina dei contratti pubblici e quella del t.u.e.l., dalla lettura di tale norma si desume che sono attribuite ai dirigenti molteplici competenze, tra cui quelle della presidenza delle commissioni di gara e di concorso (comma 3, lett. a) e quella della responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso (comma 3, lett. b); la norma non afferma il principio del cumulo nella stessa persona delle funzioni di presidente della Commissione e di responsabile del procedimento, ma semplicemente enuclea le “funzioni e responsabilità della dirigenza”. Non è dunque, ad avviso della Sezione, dirimente il richiamo della disciplina di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000.

2.4. – Il rapporto tra comandante e vice comandante della polizia locale ha un valore residuale nella fattispecie in esame, assumendo rilievo come elemento sintomatico ulteriore della già accertata incompatibilità dell'affidamento al R.U.P. del ruolo di presidente della Commissione giudicatrice, sotto il profilo dell'interdipendenza delle funzioni e del conseguente condizionamento, a scapito dei principi di imparzialità e di buon andamento. Può dunque prescindere dalla disamina di tale profilo che richiederebbe un accertamento in concreto in ordine alla posizione del comandante e del vice-comandante (dott. Favaretto) al fine di verificare la configurabilità di un condizionamento del secondo derivante da una subordinazione gerarchica, influente sull'autonomia ed indipendenza di giudizio di ciascun componente della Commissione di gara.

3. – La reiezione dell'appello principale rende improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse l'appello incidentale di OMISSIS nei confronti della statuizione di improcedibilità sulla domanda di accesso ai documenti concernenti l'offerta tecnica della OMISSIS
4. – In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello principale deve essere respinto, mentre quello incidentale va dichiarato improcedibile.

Sussistono i motivi prescritti dalla legge, in ragione della complessità e della controversia e dei contrasti giurisprudenziali registratisi in materia, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile quello incidentale.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Stefano Fantini

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO