

RUP e componente della Commissione: l'incompatibilità non è automatica ma va dimostrata.

di Fabrizio Garzuglia, Silvia Biancifiori

Data di pubblicazione: 19-4-2018

1. Va evidenziato che in merito alla incompatibilità tra RUP e componente della Commissione a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti approvato con D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 è sorto un contrasto di giurisprudenza.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 77 "I commissari non devono aver svolto ne' possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta" lasciando dunque intendere, in senso innovativo rispetto al previgente Codice approvato con D.lgs. 163/2006, l'introduzione di un secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP e l'incarico di componente della commissione (in questo senso T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Lombardia, Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306). Anche l'ANAC si è espressa in tal senso mediante le Linee Guida n. 3 del 26 ottobre 2016 "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", oggi sostituite dalla Determinazione n. 1007 del 11 ottobre 2017.

Secondo invece altro orientamento, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, ferma restando la concreta dimostrazione dell'incompatibilità sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla commissione (T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Puglia Lecce sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24).

Va detto che con il primo correttivo approvato con DLgs. 19 aprile 2017, n. 56 entrato in vigore il 20 maggio 2017 (non applicabile "*ratione temporis*" essendo il bando della gara per cui è causa pubblicato il 14 febbraio 2017 con rettifica il 29 marzo 2017) la norma, sulla scorta delle indicazioni provenienti dal parere n. 1767/2016 reso dal Consiglio di Stato, è stata modificata con l'aggiunta di un ultimo periodo secondo cui "la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara e' valutata con riferimento alla singola procedura".

Nel senso di una lettura più flessibile della norma di recente si è espresso anche il giudice d'appello (Consiglio di Stato sez. III, 5 febbraio 2018, n. 695) - seppur in fattispecie sottoposta all'applicazione del previgente D.lgs. 163/2016 - secondo cui "in ogni caso, ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova della situazione di incompatibilità, ciò che rileva è il dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, e ciò anche al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere

interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255).”

Ritiene il Collegio, pur invero deponendo il tenore letterale del citato art. 77 nel testo anteriore al Correttivo nel senso della chiara incompatibilità, che sia allo stato preferibile aderire alla suesposta seconda tesi ermeneutica, non fosse altro per ragioni di buon andamento (art. 97 Cost.) e di generale sfavore dell'ordinamento per l'annullamento di procedimenti di gara per vizi puramente “formali” come del resto recentemente già opinato dall'adito Tribunale (T.A.R. Umbria 2 gennaio 2018, n. 10) con conseguente infondatezza del motivo, non avendo la ricorrente dato dimostrazione dell'effetto potenzialmente viziante della presenza del RUP all'interno della commissione. (1) (2)

(1) *In senso conforme*, T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Puglia Lecce sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; [T.A.R. Veneto, sez. III, 31 ottobre 2017, n. 973](#); Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2017, n. 1320;

(2) *In senso contrario*, T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 29 giugno 2017 n. 1074; T.A.R. Lombardia, Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306.

Guida alla lettura

Nel caso all'esame della sentenza del T.A.R. Umbria in commento, la stazione appaltante aveva svolto una procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione degli spazi del Circuito Museale, dei servizi di informazione e accoglienza turistica e dei teatri del Comune di Todi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A fronte dell'intervenuta aggiudicazione a favore di un'altra impresa, un concorrente non aggiudicatario proponeva ricorso davanti al giudice amministrativo basato su una serie articolata di motivi che attenevano principalmente alla asserita illegittimità delle modalità di valutazione delle offerte e dei criteri di aggiudicazione stabiliti dal bando nonché della mancata suddivisione in lotti, mentre altri motivi ancora vertevano sulla legittimità della nomina del RUP quale commissario di gara, sull'assunto che tra le due funzioni vi fosse un'incompatibilità assoluta.

Per comprendere compiutamente i termini della questione posta, occorre operare una breve ricostruzione delle diverse discipline che si sono succedute nel tempo.

Il riferimento fondamentale è costituito dall'[art. 77, comma 4, d.lgs. 50/2016](#). Nella sua versione originaria esso prevedeva che i commissari di gara - da nominare nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - non dovevano aver svolto né potevano svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto oggetto di affidamento.

La formulazione della norma rendeva il suo campo di applicazione molto esteso. In particolare, l'interpretazione prevalente aveva portato a ritenere che l'incompatibilità rispetto al ruolo di membro della commissione di gara si estendesse anche al RUP, in quanto soggetto investito di rilevanti funzioni amministrative nell'ambito della procedura di gara.

Le stesse Linee guida dell'ANAC n. 3 del 26 ottobre 2016 precisavano che il ruolo di RUP doveva considerarsi, almeno come regola generale, incompatibile con le funzioni di membro della commissione di gara, lasciando però aperto uno spiraglio costituito dalle *"acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza"*.

La norma in questione è stata poi modificata dal d.lgs. 56/2017 (decreto Correttivo), proprio con riguardo al ruolo del RUP, essendo stato aggiunto alla norma in esame - che per il resto è rimasta immutata - un periodo finale secondo cui *"la nomina del RUP a membro della commissione di gara va valutata con riferimento alla singola procedura"*.

In sostanza, mentre permane un divieto assoluto e generalizzato a far parte della commissione di gara per tutti i soggetti che hanno assolto a una funzione o svolto un incarico tecnico o amministrativo in relazione allo specifico contratto, per il RUP questa presunzione assoluta non esiste più.

Ciononostante, però, il problema della compatibilità del ruolo di RUP con quello di commissario non sembra affatto risolto, perché la norma non fa altro che demandare, di fatto, alla responsabilità delle stazioni appaltanti di provvedere caso per caso, per ogni singola procedura.

Lascia quindi perplessi l'attribuzione alla discrezionalità, o forse dovremmo dire al libero arbitrio della stazione appaltante, di valutare l'opportunità o meno della nomina del RUP a membro della commissione di gara con riferimento alla singola procedura.

Sebbene da un lato l'intento della norma appaia chiaro nello scopo di evitare interferenze tra l'attività di valutazione delle offerte e la gestione, precedente o coeva alla procedura di affidamento, di atti ad essa relativi, da compiersi in virtù di incarichi diversi da quello di commissario di gara, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, o di predisposizione della legge di gara o di formazione del contratto, d'altro canto la discrezionalità lasciata ora alla stazione appaltante non sembra certo idonea a far cessare contrasti ed incertezze.

Fino ad oggi, infatti, la giurisprudenza è sempre stata divisa sul punto. Si è infatti registrato un orientamento più restrittivo che ha affermato **l'automatismo dell'incompatibilità** del RUP con il ruolo di componente della commissione giudicatrice, sostenendo che è illegittima l'aggiudicazione di una gara d'appalto nel caso in cui il RUP abbia svolto funzioni di

presidente della commissione giudicatrice, proprio in virtù di quanto espressamente statuito dall'art. 77, comma 4, d.lgs. 19 aprile 2016 n. 50 secondo cui *“i commissari non devono aver svolto nè possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*, essendo *“evidente la finalità, perseguita dall'art. 77 comma 4 citato, di evitare che uno dei componenti della Commissione, proprio per il fatto di avere svolto in precedenza attività strettamente correlata al contratto del cui affidamento si tratta, non sia in grado di esercitare la delicatissima funzione di giudice della gara in condizione di effettiva imparzialità e di terzietà rispetto agli operatori economici in competizione tra di loro.”* (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 29 giugno 2017 n. 1074; T.A.R. Lombardia, Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306).

Diversamente, un'altra tesi ermeneutica ha optato invece per una lettura più flessibile della norma, affermando che l'incompatibilità può sussistere solo quando in relazione al medesimo appalto siano individuati quali commissari di gara soggetti che abbiano svolto incarichi come compiti di progettazione, di verifica della progettazione o di predisposizione della legge di gara e simili, che possano oggettivamente metterne in discussione la garanzia di imparzialità nel caso concreto, e non anche incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altre gare (Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2017, n. 1320).

In quest'ottica, si è poi ulteriormente precisato che, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, ferma restando **la concreta dimostrazione dell'incompatibilità** sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla commissione (T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Puglia Lecce sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24).

Conseguentemente, si è ritenuto che *“nelle procedure di gara bandite nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 56/2017, non può ritenersi illegittima la composizione della commissione giudicatrice di una gara indetta da un ente locale per il solo fatto che il presidente della commissione abbia svolto anche il ruolo di responsabile del procedimento, di responsabile del servizio ed abbia sottoscritto gli atti indittivi della procedura ai sensi dell'art. 107 Tuel. Nel caso in cui non siano allegati **chiari elementi probatori** sulla effettiva esistenza di possibili e concreti condizionamenti del presidente idonei ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, ad incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte ed al conseguente condizionamento dell'esito, devono escludersi forme di automatismo nell'individuare l'incompatibilità tra dette funzioni”* (così T.A.R. Emilia - Romagna, Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87).

In termini sostanzialmente analoghi, si è pronunciato anche [T.A.R. Veneto, Sez. III, 31 ottobre 2017, n. 973](#) – con una pronuncia che è stata tra le prime a far applicazione dell'art 77 comma 4, come riformato dal correttivo -, in relazione ad una fattispecie nella quale il responsabile del procedimento rivestiva anche il ruolo di presidente della commissione giudicatrice. Il Collegio veneto ha ritenuto che per far valere l'eventuale illegittimità della nomina del RUP quale commissario di gara dovevano essere forniti elementi concreti da cui emergessero profili di incompatibilità. Tale incompatibilità, secondo quanto indicato dal TAR, avrebbe dovuto

concretizzarsi nella **reciproca interferenza** tra la funzione di RUP e quella di commissario di gara.

In realtà la pronuncia non offre indicazioni più puntuali in merito alle condizioni che dovrebbero sussistere per delineare la suddetta situazione di incompatibilità. Viene infatti fatto riferimento a una generica situazione di "interferenza", che lascia ampi margini di discrezionalità - ma anche un notevole grado di incertezza - nella valutazione delle singole fattispecie.

Forse, qualche lume in più su quest'aspetto lo si può rivenire nella recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2018, n. 695, peraltro richiamata dal TAR umbro nella sentenza in commento, laddove il Supremo Consesso rileva che: *"...in ogni caso, ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova della situazione di incompatibilità, ciò che rileva è il dato sostanziale della **concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara**, e ciò anche al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255)."*

Ai fini della risoluzione della fattispecie al suo esame, il T.A.R. Umbria, dopo aver ricostruito i due divergenti orientamenti che si sono contrapposti sulla questione, ha ritenuto di aderire alla lettura più flessibile della norma, nonostante che il tenore letterale di quest'ultima, nella stesura precedente all'intervento del decreto correttivo ed applicabile *ratione temporis*, precisa il T.A.R., deponesse a favore di una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP e l'incarico di componente della commissione.

Il Collegio umbro ritiene, però, preferibile aderire alla tesi ermeneutica favorevole alla valutazione della incompatibilità caso per caso sulla base delle circostanze della fattispecie concreta, non fosse altro che per ragioni di buon andamento ex art. 97 Cost. e di generale sfavore dell'ordinamento per l'annullamento di procedimenti di gara per vizi puramente "formali", come peraltro già in precedenza ritenuto dal medesimo Tribunale (T.A.R. Umbria 2 gennaio 2018, n. 10), respingendo pertanto la censura sollevata dalla ricorrente per non avere quest'ultima dato dimostrazione, a parere del T.A.R., dell'effetto potenzialmente viziante della presenza del RUP all'interno della commissione.

Anche in questo caso, però, a ben vedere, il giudice amministrativo non dà alcuna indicazione circa le condizioni che dovrebbero sussistere, in concreto, per delineare la suddetta situazione di incompatibilità, limitandosi soltanto a richiamare la giurisprudenza favorevole alla tesi ermeneutica da esso condivisa e nulla più. Si parla genericamente di un "effetto potenzialmente viziante della presenza del RUP all'interno della commissione" senza null'altro precisare, il che non può che lasciare ampi margini di incertezza nella valutazione delle singole fattispecie e sul tipo di prova che il ricorrente dovrebbe in concreto fornire.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 439 del 2017, proposto da:

Societa' Cooperativa Sistema Museo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Ranalli e Fabrizio Garzuglia, con domicilio eletto presso lo studio Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi n. 9;

contro

Provincia di Perugia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Isabella Sorbini, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, piazza Italia, 11;

Comune di Todi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Bromuri, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, via del Sole n. 8;

nei confronti

Coopculture - Società Cooperativa Culture, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso lo studio Simona Batori in Perugia, via XIV Settembre 71;

per l'annullamento

previa sospensiva

-della Determinazione del Responsabile 7° Servizio Cultura, Sport, e Turismo del Comune di Todi n. 850 datata 28 settembre 2017, comunicata con nota del 6 ottobre 2017, con la quale è stato aggiudicato definitivamente alla Società Cooperativa Culture l'appalto del «servizio di gestione degli spazi del Circuito Museale, dei servizi di informazione e accoglienza turistica e dei teatri del Comune di Todi»;

2) di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o, comunque, connesso, inclusi per quanto possa occorrere:

2.a) tutti i verbali di gara (verbali del 3.5.17; 15.5.17; 22.5.17; 15.6.17; 20.6.17; 12.7.17; 4.8.17 e 25.9.17;

2.b) la Determinazione n. 939 del 10 maggio 2017 della Provincia di Perugia in veste di Stazione Unica Appaltante per conto del Comune di Todi, con la quale è stata nominata la Commissione di aggiudicazione dell'appalto del «servizio di gestione degli spazi del Circuito Museale, dei servizi di informazione e accoglienza turistica e dei teatri del Comune di Todi» ;

2.c) la Determinazione n. 1194 del 6 luglio 2016 della Provincia di Perugia in veste di Stazione Unica Appaltante per conto del Comune di Todi, con la quale sono state delineate le linee di indirizzo in ordine alla competenza e composizione delle Commissioni di gara ove la Provincia stessa esercitata anche funzioni di "Stazione Unica Appaltante", nella parte in cui è da intendersi in contrasto con l'art. 77 del D.lgs. n. 50 del 2016;

2.d) la Determinazione del Responsabile 7° Servizio Cultura, Sport, e Turismo del Comune di Todi n. 1060 datata 15 novembre 2016 ;

2.e) la Convenzione stipulata tra il Comune di Todi e la Provincia di Perugia in data 20 maggio 2015 (sconosciuta nel contenuto);

2.f) la Determinazione del Responsabile 7° Servizio Cultura, Sport, e Turismo del Comune di Todi n. 79 datata 20 gennaio 2017 ;

2.g) la Determinazione del Responsabile 7° Servizio Cultura, Sport, e Turismo del Comune di Todi n. 24 datata 3 gennaio 2017 ;

2.h) la Determinazione del Responsabile 7° Servizio Cultura, Sport, e Turismo del Comune di Todi n. 295 datata 24 marzo 2017 ;

2.i) il Bando di gara indetto dalla Provincia di Perugia in veste di Stazione Unica Appaltante per conto del Comune di Todi relativo all'affidamento del «servizio di gestione degli spazi del Circuito Museale, dei servizi di informazione e accoglienza turistica e dei teatri del Comune di Todi» , nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di: a) ammettere criteri di aggiudicazione in contrasto con l'art. 95 del D. Lgs. n. 50 del 2016; b) la nomina del RUP e della Commissione di aggiudicazione in contrasto con gli artt. 31 e 77 del D.lgs. n. 50 del 2016; c) l'indizione della gara in contrasto con l'art. 51 del D.lgs. n. 50 del 2016 e art. 115 del D.Lgs. n. 42 del 2004;

2.l) il Disciplinare di gara elaborato dalla Provincia di Perugia in veste di Stazione Unica Appaltante per conto del Comune di Todi e dal Comune di Todi relativo all'affidamento del «servizio di gestione degli spazi del Circuito Museale, dei servizi di informazione e accoglienza turistica e dei teatri del Comune di Todi» , nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di: a) ammettere criteri di aggiudicazione in contrasto con l'art. 95 del D. Lgs. n. 50 del 2016; b) la nomina del RUP e della Commissione di aggiudicazione in contrasto con gli artt. 31 e 77 del D.lgs. n. 50 del 2016; c) l'indizione della gara in contrasto con l'art. 51 del D.lgs. n. 50 del 2016 e art. 115 del D.Lgs. n. 42 del 2004;

2.m) il capitolato speciale d'appalto del Comune di Todi relativo all'affidamento del «servizio di gestione degli spazi del Circuito Museale, dei servizi di informazione e accoglienza turistica

e dei teatri del Comune di Todi», nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di: a) ammettere criteri di aggiudicazione in contrasto con l'art. 95 del D. Lgs. n. 50 del 2016; b) la nomina del RUP e della Commissione di aggiudicazione in contrasto con gli artt. 31 e 77 del D.lgs. n.50del 2016; c) l'indizione della gara in contrasto con l'art. 51 del D.lgs. n. 50 del 2016 e art. 115 del D.Lgs. n. 42 del 2004;

2.n) la D.G.C. del Comune di Todi 153 del 21.07.2016 (sconosciuta nel contenuto), qualora lesiva per la posizione della ricorrente;

2.o) il contratto di appalto eventualmente *medio tempore* sottoscritto tra il Comune di Todi e Società Cooperativa Culture a seguito dell'aggiudicazione definitiva di cui alla citata Determinazione n. 850/2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Perugia, del Comune di Todi e della Coopculture - Società Cooperativa Culture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2018 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna ricorrente di aver partecipato alla gara indetta dalla Provincia di Perugia in veste di stazione unica appaltante inerente l'affidamento parte in appalto e parte in concessione del servizio di gestione degli spazi del Circuito Museale, dei servizi di informazione e accoglienza turistica e dei teatri del Comune di Todi, per la durata di 4 anni e valore stimato complessivo di 1.335.360 euro (di cui 975.360 per appalto servizi e 360.000 per concessione) con criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (20 punti per l'offerta economica e 80 punti per l'offerta tecnica).

Con determinazione dirigenziale n. 850 del 28 settembre 2017 il Comune di Todi ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore alla società cooperativa Culture con punti 82,71 mentre l'odierna ricorrente è risultata seconda con punti 66,40.

La ricorrente ha impugnato la suddetta aggiudicazione definitiva unitamente a tutti gli altri atti del procedimento di gara, deducendo articolati motivi così riassumibili:

I.Violazione e falsa applicazione degli artt. 94 e 95 del D.lgs. n. 50 del 2016. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e correttezza nella procedure di evidenza pubblica. Difetto

assoluto di istruttoria e motivazione: l'offerta tecnica presentata dalla controinteressata sarebbe difforme rispetto a quanto richiesto dal capitolato speciale non contemplando l'apertura della Chiesa di San Fortunato bensì solo quella del Campanile di San Fortunato;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016 sotto ulteriore profilo. Violazione del principio di determinatezza dell'offerta. Violazione dei principi di trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento, difetto di motivazione e di istruttoria: l'offerta della cooperativa Culture sarebbe condizionata alle prenotazioni e quindi non ammissibile;

III. Violazione e falsa applicazione degli articoli 77, 94 e 95 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida n. 2/2016 dell'ANAC. Eccesso di potere per carenza di motivazione e di istruttoria. Illogicità ed irrazionalità manifesta: il punteggio per l'offerta tecnica riferita ai servizi sopra elencati da attribuire alla ricorrente sarebbe dovuto essere 35 e non di 30,5 sulla base della corretta applicazione dei criteri predeterminati dall'Amministrazione, interpretati in linea con i principi di proporzionalità e con le Linee Guida n. 2 ANAC; diversamente dalle valutazioni effettuate dalla Commissione, alla ricorrente spetterebbero per l'offerta tecnica almeno 47,5 punti si da sopravanzare la cooperativa Culture;

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016 in relazione ai criteri di valutazione delle offerte tecniche. Violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e correttezza. Incompetenza: in via subordinata la ricorrente lamenta l'illegittimità della *lex specialis* in quanto del tutto carente nella predisposizione dei criteri e sub criteri di valutazione a discapito dei principi di trasparenza e proporzionalità;

V. Violazione e falsa applicazione degli artt. 97 e 98 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione del principio di correttezza dell'azione amministrativa. Violazione dell'art. 13 del Disciplinare di gara. Omessa valutazione dell'offerta anomala. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione. Illogicità e contraddittorietà dell'agire amministrativo: la Stazione Appaltante ad avviso della ricorrente avrebbe dovuto escludere l'offerta della controinteressata perché anomala, ovvero, in via subordinata, sottoporla, in applicazione dell'art. 13 del Disciplinare e viste le incongruenze accertate dalla stessa Commissione (cfr. verbale del 15.6.17), alla verifica di congruità di cui all'articolo 97 del D. Lgs. 50/2016 sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta;

VI. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016. Difetto di motivazione: la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per aver dichiarato nella domanda di aver riportato la revoca di affidamento ottenuto dal Comune di Roma;

In estremo subordine la ricorrente deduce ulteriori motivi idonei a comportare la caducazione dell'intera gara, così sintetizzabili:

VII. Violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del D.lgs. n. 50 del 2016. Illegittima composizione della Commissione di aggiudicazione: il RUP non avrebbe potuto essere componente della Commissione stante l'innovativo disposto dell'art. 77 del nuovo Codice

degli appalti e in ogni caso non avrebbe potuto prendere parte alle operazioni di valutazione delle offerte tecniche;

VIII. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Incompetenza. Illegittimità derivata: il RUP avrebbe dovuto essere nominato al pari della Commissione dalla Provincia di Perugia in veste di stazione unica appaltante e non dal Comune di Todi;

IX. Violazione e falsa applicazione dell'art. 115 del D.lgs. 42 del 2004. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del D.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per sviamento, carenza dei presupposti. Illogicità ed irrazionalità manifeste: il servizio in questione avrebbe dovuto essere interamente affidato tramite concessione anziché parte in appalto e parte in concessione;

X. Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 del D.lgs. n. 50 del 2016: la gestione di spazi pubblici, inserita peraltro successivamente all'indizione della gara, non avrebbe potuto essere "aggiunta" all'affidamento dei servizi museali, turistici e teatrali; la scelta (immotivata) del Comune di Todi e della Provincia di Perugia di non suddividere in lotti i servizi, specie quelli riferiti alla gestione degli spazi comunali sarebbe contraria all'art. 51 del D.lgs. n. 50 del 2016.

Chiede altresì la ricorrente il subentro nell'aggiudicazione previa eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto "*medio tempore*" stipulato.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Perugia (in qualità di SUA) eccependo in rito vari profili di inammissibilità poiché in necessaria sintesi:

- la mancata esclusione per carenza dei requisiti generali avrebbe dovuto essere contestata nelle forme e nei termini di cui al nuovo rito c.d. super speciale di cui all'art. 120 c. 2-bis c.p.a.;
- la tardività anche delle censure inerenti l'operato della Commissione perché un rappresentante della ricorrente era presente alla seduta ove sono stati assegnati i punteggi;

Quanto al merito ha evidenziato l'infondatezza di tutti i motivi *ex adverso* dedotti.

Si è costituito anche il Comune di Todi evidenziando in sintesi:

- il RUP nominato dal Comune in realtà non avrebbe svolto alcuna attività tecnico o amministrativa per questo tipo di affidamento;
- in presenza di una SUA le LG 3/2016 dell'Anac affermano la coesistenza di 2 distinti RUP;
- la verifica di anomalia non è stata disposta perché non necessaria non raggiungendo la controinteressata i 4/5 del punteggio massimo per l'offerta tecnica richiesti dall'art.97 c. 3 del D.lgs. 50/2016;
- la tardività della censura di mancata esclusione dalla gara per carenza dei requisiti generali;

- l'offerta della cooperativa Culture comprenderebbe anche l'apertura della chiesa di San Fortunato che è tutt'uno con il Campanile.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata CoopCulture sollevando analoghe eccezioni ed argomentazioni difensive.

Alla camera di consiglio del 30 gennaio 2018 con ordinanza 18/2018 è stata respinta la domanda incidentale cautelare "Ritenuto, ad un sommario esame, di non poter apprezzare favorevolmente le nuove esigenze cautelari stante la carenza del lamentato pregiudizio "grave ed irreparabile", in considerazione della durata quadriennale dell'affidamento e della piena ristorabilità in forma specifica e generica della posizione azionata in sede di giudizio di merito, la cui udienza risulta già fissata per il 27 febbraio 2018".

In prossimità della discussione nel merito le parti hanno rappresentato l'intervenuta stipulazione del contratto in data 11 gennaio 2018 con esecuzione iniziata il 1 febbraio 2018.

All'udienza pubblica del 27 febbraio 2018, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2.-E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione del servizio di gestione degli spazi del Circuito Museale, dei servizi di informazione e accoglienza turistica e dei teatri del Comune di Todi, disposta dalla Provincia di Perugia quale stazione unica appaltante per conto del Comune di Todi.

Lamenta l'odierna ricorrente, seconda classificata, sia vizi inerenti la sola aggiudicazione sia vizi relativi al sub-procedimento di ammissione dei concorrenti che infine, in estremo subordine, vizi idonei alla caducazione dell'intera gara.

3. - Quanto all'ordine logico di trattazione dei motivi, in ossequio al principio dispositivo (*ex multis* Consiglio di Stato Ad. Plenaria 27 aprile 2015, n. 5) vanno esaminati con priorità i motivi tesi a denunciare l'illegittimità della sola aggiudicazione secondo la specifica graduazione effettuata dal ricorrente, in quanto ritenuti maggiormente soddisfattivi della posizione pretensiva azionata, fermo naturalmente restando la priorità delle questioni di rito sollevate dalle parti o rilevabili d'ufficio.

4. - Il ricorso è in parte infondato ed in parte inammissibile.

5. - Il primo motivo è infondato, frutto di una lettura eccessivamente formalistica dell'offerta presentata dalla controinteressata.

Diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, l'offerta della CoopCulture appare pienamente conforme al contenuto e alle modalità delle prestazioni richiesto dal capitolato. Come riconosciuto infatti dallo stesso Comune di Todi, la Chiesa e l'attiguo Campanile costituiscono anche dal punto di vista strutturale un unico sito museale, sì che l'offerta della

controinteressata era da ritenersi comprensiva della Chiesa, secondo le chiare prescrizioni del capitolato accettate dai concorrenti.

Nella formulazione della propria offerta l'aggiudicataria ha d'altronde inequivocabilmente indicato i 4 siti oggetto di gara, uno dei quali secondo il capitolato stesso è proprio la Chiesa di San Fortunato.

Ad ogni modo appare invero tranciante come l'eventuale incertezza nella descrizione dell'offerta tecnica avrebbe senz'altro potuto essere chiarita mediante richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante, da ritenersi sempre consentita allorchè non sia finalizzata a modificare i contenuti dell'offerta (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 3 febbraio 2016 n. 418; id. sez. III, 3 aprile 2017, n. 1528).

6. - Il secondo motivo è inammissibile per carenza di interesse.

Anche a voler per ipotesi concordare sulla apposizione di una condizione all'offerta della cooperativa Culture, detta condizione atterrebbe ad un profilo migliorativo dell'offerta e non a suo elemento minimo, sì che l'eventuale accoglimento della doglianza condurrebbe non già all'esclusione ma soltanto alla non assegnazione del corrispondente punteggio (5 punti) eventualità che non comporterebbe alcuna utilità per la ricorrente, la cui offerta ha ottenuto 16 punti in meno rispetto a quella dell'aggiudicataria.

La censura è dunque inammissibile per carenza di interesse, secondo il noto criterio della prova di resistenza valevole in *subiecta materia* (*ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571).

7. - Il terzo motivo è parimenti inammissibile.

Come ampiamente noto, nelle gare pubbliche la valutazione delle offerte, essendo espressione di un'ampia discrezionalità che impinge nel merito dell'azione amministrativa, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salve le ipotesi di manifesta irragionevolezza, illogicità, irrazionalità, arbitrarietà o di travisamento dei fatti (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2015, n. 2198;)

La ricorrente, lungi da evidenziare profili di manifesta irragionevolezza, limita la sua prospettazione ad affermazioni apodittiche sulla presunta erroneità del giudizio discrezionale tecnico tentando proprio di sostituire il proprio giudizio a quello dell'organo tecnico della stazione appaltante, operazione non effettuabile nemmeno dal giudice trattandosi di valutazioni riservate all'Amministrazione (Consiglio di Stato sez. V, 26 maggio 2015, n. 2615).

8. - Il quarto motivo è irricevibile.

Le contestazioni inerenti i criteri di aggiudicazione previsti dall'art. 95 D.lgs. 50/2016 in quanto ritenuti non idonei a consentire la formulazione di offerta consapevole, avrebbero in quanto direttamente lesive essere immediatamente dirette nei confronti del bando e non già dell'aggiudicazione, secondo recente condivisibile orientamento giurisprudenziale (Consiglio

di Stato sez. III, 2 maggio 2017 n. 2014) fermo restando l'esigenza di chiarire definitivamente da parte dell'Adunanza Plenaria le concrete fattispecie in cui sussiste l'onere di impugnazione immediata in seguito all'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 (Cons. St., sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138).

9. - Il quinto motivo non merita adesione.

Posto che la verifica di anomalia non è stata disposta perché non necessaria, non raggiungendo la controinteressata i 4/5 del punteggio massimo per l'offerta tecnica richiesti dall'art. 97 c. 3, del D.lgs. 50/2016, ritiene la ricorrente dovesse ugualmente disporsi da parte della stazione appaltante la verifica facoltativa di anomalia.

Come da giurisprudenza consolidata - da cui il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi - la scelta di sottoporre l'offerta a verifica facoltativa di anomalia è rimessa all'ampia discrezionalità della stazione appaltante la quale risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità (*ex plurimis* T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 27 ottobre 2017, n. 2048; Cons. St., sez. III, 3 luglio 2015, n. 3329; id., 1 febbraio 2017, n. 438; id., sez. V, n. 3372/2016; id., sez. IV, n. 3862/2011) qui del tutto indimostrata.

10. - Il sesto motivo è inammissibile.

Si duole la ricorrente della mancata esclusione della controinteressata per aver omesso la stazione appaltante di considerare la dichiarazione di intervenuta revoca di contratto di concessione stipulato con il Comune di Roma, fatto di per sé idoneo a far venir meno il possesso del requisito morale di cui all'art. 80 c. 5, lett. c) del D.lgs. 50 del 2016.

E' pacifico che il giorno 3 maggio 2017 è stato pubblicato sul sito *web* della stazione appaltante l'elenco dei concorrenti ammessi ed esclusi mentre l'intestato ricorso è stato notificato il 6 novembre 2017.

Trattasi di censura inerente il sub-procedimento di ammissione dei concorrenti manifestamente tardiva in quanto non proposta con il rito c.d. *super speciale* di cui all'art. 120 c. 2 bis cod. proc. amm. mediante impugnativa da proporsi, tassativamente, nel termine di trenta giorni decorrenti dalla suddetta pubblicazione (*ex multis* T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 2 marzo 2017, n. 420; T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696).

11. - Venendo ai vizi proposti in via subordinata idonei a determinare la caducazione dell'intera gara, il settimo motivo non merita adesione.

11.1. - Va evidenziato che in merito alla incompatibilità tra RUP e componente della Commissione a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti approvato con D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 è sorto un contrasto di giurisprudenza.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 77 "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" lasciando dunque intendere, in senso innovativo rispetto al previgente

Codice approvato con D.lgs. 163/2006, l'introduzione di un secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP e l'incarico di componente della commissione (in questo senso T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Lombardia, Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306). Anche l'ANAC si è espressa in tal senso mediante le Linee Guida n. 3 del 26 ottobre 2016 "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", oggi sostituite dalla Determinazione n. 1007 del 11 ottobre 2017.

Secondo invece altro orientamento, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, ferma restando la concreta dimostrazione dell'incompatibilità sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla commissione (T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Puglia Lecce sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24).

Anche di recente si è ritenuto che "nelle procedure di gara bandite nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 56/2017, non può ritenersi illegittima la composizione della commissione giudicatrice di una gara indetta da un ente locale per il solo fatto che il presidente della commissione abbia svolto anche il ruolo di responsabile del procedimento, di responsabile del servizio ed abbia sottoscritto gli atti indittivi della procedura ai sensi dell'art. 107 Tuel. Nel caso in cui non siano allegati chiari elementi probatori sulla effettiva esistenza di possibili e concreti condizionamenti del presidente idonei ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, ad incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte ed al conseguente condizionamento dell'esito, devono escludersi forme di automatismo nell'individuare l'incompatibilità tra dette funzioni" (così T.A.R. Emilia - Romagna, Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87).

11.2. - Va detto che con il primo correttivo approvato con DLgs. 19 aprile 2017, n. 56 entrato in vigore il 20 maggio 2017 (non applicabile "*ratione temporis*" essendo il bando della gara per cui è causa pubblicato il 14 febbraio 2017 con rettifica il 29 marzo 2017) la norma, sulla scorta delle indicazioni provenienti dal parere n. 1767/2016 reso dal Consiglio di Stato, è stata modificata con l'aggiunta di un ultimo periodo secondo cui "la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara e' valutata con riferimento alla singola procedura".

Nel senso di una lettura più flessibile della norma di recente si è espresso anche il giudice d'appello (Consiglio di Stato sez. III, 5 febbraio 2018, n. 695) - seppur in fattispecie sottoposta all'applicazione del previgente D.lgs. 163/2016 - secondo cui "in ogni caso, ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova della situazione di incompatibilità, ciò che rileva è il dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, e ciò anche al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255)."

11.3. - Ritene il Collegio, pur invero deponendo il tenore letterale del citato art. 77 nel testo anteriore al Correttivo nel senso della chiara incompatibilità, che sia allo stato preferibile aderire alla suesposta seconda tesi ermeneutica, non fosse altro per ragioni di buon andamento (art. 97 Cost.) e di generale sfavore dell'ordinamento per l'annullamento di procedimenti di gara per vizi puramente "formali" come del resto recentemente già opinato dall'adito Tribunale (T.A.R. Umbria 2 gennaio 2018, n. 10) con conseguente infondatezza del motivo, non avendo la ricorrente dato dimostrazione dell'effetto potenzialmente viziante della presenza del RUP all'interno della commissione.

12. - L'ottavo motivo è privo di pregio.

La convenzione in essere tra il Comune di Todi e la Provincia di Perugia per l'esercizio da parte di quest'ultima delle funzioni di stazione appaltante unica conserva in capo al Comune le attività amministrative di gestione a rilevanza esterna, si che è del tutto fisiologica la nomina di un RUP comunale accanto a quello nominato dalla Provincia, anche in veste della successiva fase di esecuzione contrattuale demandata interamente all'amministrazione comunale.

Del resto la possibile coesistenza di diversi RUP in ipotesi di procedimenti di affidamento gestiti da stazione uniche appaltanti è stata affermata dalla stessa ANAC (Linee Guida n. 3 del 26 ottobre 2016).

13. Sono infine irricevibili e/o inammissibili le doglianze di cui al IX, X e XI motivo di gravame.

La scelta dell'Amministrazione di indizione di affidamento misto (parte in appalto e parte in concessione) e di non suddivisione in lotti, in quanto direttamente lesiva, avrebbe dovuto essere censurata mediante immediata impugnazione del bando.

Sussiste infatti l'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara quando le stesse impediscono o rendono ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara, così violando i principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica, tra cui quelli della concorrenza e della *par condicio* (T.A.R. Lazio, Roma sez. II, 9 novembre 2017, n. 11149).

Peraltro è persino dubbio l'interesse all'accoglimento dei suddetti motivi, non sussistendo per la ricorrente alcuna apprezzabile utilità in considerazione della tendenziale omogeneità tra la disciplina degli appalti e quella delle concessioni contenuta nel D.lgs. 50/2016 e s.m., così come dalla mancata suddivisione in lotti.

Nelle gare pubbliche, seppure può considerarsi meritevole di tutela giudiziaria anche il solo interesse strumentale alla riedizione della procedura comparativa, ciò tuttavia è ammissibile solo se sussistono ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta e sempre che vi sia un interesse connesso ad un indice di lesività specifico e concreto, non essendo ammissibile un mero annullamento al fine strumentale di una rinnovazione della procedura in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegato ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 1 settembre 2014, n. 4449).

14. Alla luce dei suesposti motivi il ricorso è in parte infondato ed in parte inammissibile.

Le spese seguono la soccombenza secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte infondato ed in parte inammissibile.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite nei confronti della Provincia di Perugia, del Comune di Todi e della Cooperativa CoopCulture, in misura di 1.500,00 (millecinquecento//00) ciascuno, oltre accessori di legge.

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