

## **Il Presidente della Commissione di gara deve essere interno alla stazione appaltante.**

*di Alessandro Costa*

*Data di pubblicazione: 4-7-2019*

1. Il Presidente della Commissione di gara, in presenza di aggiudicazione attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere interno alla stazione appaltante. La norma, che intende realizzare la duplice finalità di contenere la spesa pubblica e la trasparenza nel governo della procedura, introduce una regola che non ammette eccezioni.

### **Guida alla lettura**

La questione oggetto della presente pronuncia afferisce alla **corretta modalità di composizione e nomina della commissione di gara in presenza di una procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**.

Come rilevato dallo stesso Supremo Collegio amministrativo, punto di avvio non può che essere la previsione di cui all'art. 216, comma 12 D.lsg. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), a parere del quale *“fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'albo di cui all'articolo 7, la commissione aggiudicatrice 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”*.

Dirimente, inoltre, appare la circolare n. 21625 del 23 novembre 2016 adottata dal Ministero appellante, riguardante le sole procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – simili a quelle oggetto della situazione in causa - secondo cui *“il Presidente è di norma il dirigente amministrativo o altro dirigente della Stazione Appaltante”*.

La previsione appare, pertanto, chiaramente più restrittiva rispetto a quanto previsto dall'art. 84, comma 3, del D.lgs n. 163 del 2006, ai sensi del quale *“la Commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali”*.

Dalla lettura di quanto prescritto nell'innanzi indicata circolare, infatti, si evince che il dirigente amministrativo della stazione appaltante può essere sostituito solo da un altro dirigente e non da un funzionario incaricato di funzioni apicali della stessa amministrazione.

Quanto sopra, inoltre, risulta essere ulteriormente suffragato da consolidata posizione

giurisprudenziale consolidata secondo cui **“il Presidente della Commissione di gara, in presenza di aggiudicazione attraverso il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere interno alla stazione appaltante. La norma, che intende realizzare la duplice finalità di contenere la spesa pubblica e la trasparenza nel governo della procedura, introduce una regola che non ammette eccezioni”** (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2257).

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1757 del 2019, proposto da Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Impresa Devi Impianti s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone, ed Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Costruzioni Generali Gilardi s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Merani e Stefano Gattamelata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore, 22;

sul ricorso numero di registro generale 1467 del 2019, proposto da Costruzioni Generali Gilardi s.p.a. in proprio e in qualità mandataria dell’Ati con Euroimpianti s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Merani e Stefano Gattamelata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore, 22;

***contro***

Impresa Devi Impianti s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone ed Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***nei confronti***

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Lombardia e l'Emilia Romagna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

### ***per la riforma***

in entrambi i ricorsi:

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, sezione prima, n. 58/2019, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Costruzioni Generali Gilardi s.p.a., di Impresa Devi Impianti s.r.l. e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Paolo Sansone, Eleonora E.L. Bonsignori, Carlo Merani e l'avvocato dello Stato Cristina Gerardis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO**

Con bando pubblicato in data 12 ottobre 2018, il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Lombardia e Emilia Romagna indicava una procedura aperta, per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di *“lavori di realizzazione del nuovo istituto penitenziario di Forlì- 1° stralcio”* di importo pari a € 34.615.295,64.

L'assegnazione del punteggio relativo alle offerte tecniche avveniva attraverso il metodo aggregativo compensatore e *“la riparametrazione  $V(a) i = \text{coefficienti della prestazione offerta } (a) \text{ rispetto al requisito } (i) \text{ variabile tra zero e uno, determinati attraverso la media dei$*

*coefficienti, variabili tra 0 e 1, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari*". Ciascun commissario di gara assegnava i coefficienti, variabili tra 0 e 1, in ragione dei parametri valutativi stabiliti nel disciplinare.

Con atto del 19 novembre 2018 la procedura di gara veniva aggiudicata all'Associazione Temporanea di Imprese costituita da Costruzioni Generali Gilardi s.p.a. e Euroimpianti s.r.l.

Devi Impianti s.r.l., seconda in graduatoria, impugnava tale aggiudicazione davanti al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, che con la sentenza indicata in epigrafe, resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., lo accoglieva per il motivo dedotto in relazione all'assunta illegittimità della composizione della commissione giudicatrice, disponendo l'annullamento dell'aggiudicazione e, per l'effetto: *"la rinnovazione della procedura di gara a valle dell'ultimo segmento ritenuto legittimo ossia a partire dal primo atto adottato dalla commissione aggiudicatrice"*.

Costruzioni Generali Gilardi s.p.a., in proprio e in qualità mandataria dell'Ati con Euroimpianti s.p.a., e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti hanno proposto appello contro tale sentenza, affidandolo, rispettivamente, ai seguenti motivi di diritto:

quanto al ricorso RG. n. 1467 del 2019:

1) *error in iudicando* (artt. 74 e 88 c.p.a.) – omessa pronuncia sul fatto controverso - violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art.112 c.p.c.) - vizio assoluto di motivazione – carenza di istruttoria - illogicità e contraddittorietà dell'iter logico-giuridico dedotto – eccesso di potere;

2) *error in iudicando* (artt. 74 e 88 c.p.a.) – illogicità e contraddittorietà della motivazione – violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c.

quanto al ricorso RG. n. 1757 del 2019:

tardività e inammissibilità del ricorso di primo grado ed erroneità della sentenza, atteso che la nomina della commissione non sarebbe assoggettata alle regole di costituzione poste dall'art. 77 del d.l.gs n. 50 del 2016, operando ancora il regime transitorio previsto dall'articolo 216, comma 12, e dunque con applicazione dell'art. 84 del d.lgs 163 del 2006, norma, peraltro, non avente cogenza assoluta e sostanzialmente derogabile.

Inoltre, il soggetto scelto come presidente non sarebbe "esterno", perché titolare di un contratto di collaborazione con il Ministero della Giustizia-dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, amministrazione in favore della quale deve essere resa la prestazione.

Si sono costituiti nei giudizi rispettivamente il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Costruzioni Generali Gilardi s.p.a. e Impresa Devi Impianti s.r.l., quest'ultima per resistere agli appelli.

All'udienza pubblica del 21 maggio 2019 gli appelli sono stati trattenuti in decisione.

## DIRITTO

Deve, in via preliminare, disporsi la riunione dei ricorsi in appello, trattandosi di impugnazioni contro la stessa sentenza, con cui è stato accolto il ricorso proposto in primo grado da Devi Impianti, seconda classificata in graduatoria, avverso l'aggiudicazione all'ATI Costruzioni Generali Gilardi/Euroimpianti, con due punti circa di differenza dalla seconda, della gara aperta per *"lavori di realizzazione del nuovo istituto penitenziario di Forlì- 1° stralcio"* di importo pari a € 34.615.295,64.

La sentenza ha accolto uno solo dei motivi dedotti dalla ricorrente (quello concernente l'assunta illegittimità della composizione della commissione giudicatrice), ritenendolo pregiudiziale e non essendo stato il medesimo dedotto in via subordinata, assorbendo le ulteriori censure e disponendo l'annullamento dell'aggiudicazione a favore dell'ATI Costruzioni Generali Gilardi/Euroimpianti e, per l'effetto: *"la rinnovazione della procedura di gara a valle dell'ultimo segmento ritenuto legittimo ossia a partire dal primo atto adottato dalla commissione aggiudicatrice"*.

Devi Impianti aveva, infatti, contestato la composizione e la nomina della commissione per contrarietà con l'art. 216, comma 12, d.lgs 19 aprile 2016 n. 50 (*codice dei contratti pubblici*) e con la circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 23 novembre 2016 n. 21625, contenente i criteri di nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici, rilevando che il presidente è soggetto "esterno" alla stazione appaltante. Sebbene lo stesso fosse stato, in passato, un dirigente del Ministero delle infrastrutture, all'epoca della nomina in commissione era già andato in pensione ed era titolare di un mero contratto di collaborazione a supporto della Direzione generale per l'edilizia statale e gli interventi speciali.

Sul punto, il giudice di prime cure, ritenendo fondata la censura dedotta dalla ricorrente, ha così statuito: *"Il collegio osserva che è illegittima la nomina della commissione aggiudicatrice."*

*L'amministrazione ha depositato in giudizio la circolare del 23 Novembre 2016, a firma del provveditore interregionale per le opere pubbliche del ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con cui sono stati definiti i criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici.*

*Tali criteri prevedono che il presidente è di norma il dirigente amministrativo o altro dirigente della stazione appaltante.*

*Tuttavia il presidente nominato, il dottor Gaetano Antonio Pellegrino è rimasto in servizio fino al 30 Giugno 2018, come documentato in giudizio.*

*Ne consegue che alla data del 29 Ottobre 2018, data della nomina della commissione, il dottor Pellegrino non era dirigente della stazione appaltante.*

*Né la nomina della commissione reca la motivazione dell'eventuale necessità di nominare quale presidente un soggetto esterno all'amministrazione stessa.*

*La controinteressata deduce che "il dott. Gaetano Pellegrino, oltre ad avere idonei requisiti*

*curriculari, nemmeno può considerarsi a tutti gli effetti un esterno all'Amministrazione appaltante. Il dott. Pellegrino, già dirigente del Ministero in quiescenza, è infatti attualmente titolare di un incarico di collaborazione a titolo gratuito della durata di un anno con la Direzione generale per l'edilizia statale e gli interventi speciali del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Tale incarico è stato conferito in data 5 settembre 2018 e si concretizza nel supporto tecnico/amministrativo alla Direzione generale per l'edilizia statale e gli interventi speciali su questioni complesse che saranno di volta in volta individuate ed assegnate dal Direttore Generale e nella funzione di staff al Direttore Generale per l'edilizia statale e gli interventi speciali per il coordinamento dei Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, in particolare in materia di edilizia penitenziaria”.*

*A fronte di ciò, secondo la controinteressata, non sarebbe possibile considerare il Presidente come persona del tutto esterna alla Stazione appaltante, bensì come ex dirigente del Ministero che ha in essere un rapporto di collaborazione con il Ministero in materie attinenti all'oggetto dell'appalto in esame. Il collegio non condivide le deduzioni della controinteressata.*

*Infatti i criteri adottati con la sopra richiamata circolare prevedono che il presidente sia di norma dirigente della stazione appaltante. Tale circostanza è smentita di fatto dalla stessa controinteressata che riconosce che il dottor Pellegrino era in quiescenza quando gli è stato conferito l'incarico di presiedere la commissione aggiudicatrice.*

*Risulta dunque violato 216, comma 12, del decreto legislativo n. 50/2016, secondo cui 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”.*

Gli appellanti ritengono erronee tali statuizioni, ribadendo, innanzitutto, le eccezioni formulate in primo grado in relazione all'assunta inammissibilità della censura, sia con riferimento alla asserita tardiva impugnazione della nomina della commissione, atteso che, come ritenuto dal Ministero: «*sulla base della prospettazione di parte, la lesione degli interessi di titolarità doveva ritenersi già radicata anteriormente al completamento della procedura selettiva, a ragione della sostenuta inidoneità della figura presidenziale allo svolgimento di detto “munus”*», che per carenza di interesse, in considerazione del fatto che, essendo l'aggiudicazione all'ATI Costruzioni Generali Gilardi/Euroimpianti il frutto dell'unanimità delle valutazioni di tutti i componenti della commissione, la supposta violazione nella nomina del presidente della commissione medesima non avrebbe inciso sull'esito della gara.

Le eccezioni vanno disattese.

Riguardo alla prima: *“la illegittima composizione della commissione non è suscettibile di immediata impugnazione, in quanto priva di autonomia lesiva, ma può essere contestata solo all'esito della gara”* (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018, n. 4054).

Come risulta, inoltre, in linea generale dal consolidato orientamento di questo Consiglio (cfr., per tutte, Cons. Stato, A.P., 26 aprile 2018, n. 4), le censure avverso gli atti di gara devono

essere formulate a valle dell'aggiudicazione, con cui si rende concreta la lesione alla sfera giuridica del concorrente, con eccezione delle clausole immediatamente escludenti e dei casi tassativamente enucleati dalla giurisprudenza (come ad esempio l'impossibilità assoluta di presentare una valida offerta), che non ricorrono nella fattispecie all'esame del Collegio, in cui è consentita l'immediata impugnazione del bando di gara.

Con riferimento alla seconda, nel caso di specie, la valutazione deteriore dell'offerta tecnica di Devi Impianti e quella migliore di Gilardi, che ha conseguito l'aggiudicazione, è conseguita proprio dal giudizio del presidente della commissione, che ha attribuito alla controinteressata Gilardi, per i tre subcriteri tecnici, i coefficienti di 0,90, 1 e 0,90, corrispondenti ai giudizi di "*Ottimo, perfettamente rispondente (0,90)*" ed "*Eccellente, perfettamente rispondente (1)*", mentre gli altri due commissari hanno ritenuto, per gli stessi subcriteri di valutazione, di assegnare a tale offerta, rispettivamente, l'uno coefficienti di 0,30, 0,60 e 0,30 e l'altro di 0,30, 0,50, e 0,30, corrispondenti a giudizi di "*Grave insufficienza. La soluzione proposta è carente di uno degli elementi richiesti (0,30)*", "*Quasi sufficiente (0,50)*" ovvero "*Sufficiente (0,60)*" (cfr., il disciplinare di gara).

Da tali considerazioni emerge pure l'infondatezza della seconda censura dedotta da Costruzioni generali relativa agli assunti *error in iudicando* (artt. 74 e 88 c.p.a.), illogicità e contraddittorietà della motivazione e violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c., in considerazione di quanto affermato nella sentenza di primo grado: "*parte ricorrente ha dimostrato (pag. 33 del ricorso) che in relazione all'offerta presentata l'aggiudicazione a sé medesima dei lavori sarebbe astrattamente possibile, in relazione alle possibili variabili connesse al giudizio di discrezionalità tecnica demandato alla commissione aggiudicatrice, se i lavori fossero stati aggiudicati da una commissione in composizione diversa*".

Ed invero, certamente una commissione composta diversamente avrebbe potuto raggiungere esiti diversi, proprio in relazione ai diversi giudizi espressi, rispettivamente, dal presidente e dai due membri interni.

Con riferimento, invece, alla censura con la quale entrambi gli appellanti si dolgono dell'erroneità della sentenza riguardo all'accoglimento del motivo concernente l'assunta illegittimità della composizione della commissione giudicatrice, Costruzioni Generali lamenta, in particolare, che il giudice di primo grado non avrebbe addotto alcuna motivazione che potesse confutare le argomentazioni dedotte dall'odierna appellante, né analizzato sotto alcun profilo il contratto di collaborazione sottoscritto tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e il dott. Pellegrino, mentre il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti assume l'infondatezza della censura in relazione alla non cogenza assoluta e alla sostanziale derogabilità della disposizione sulla nomina della commissione di gara.

Il soggetto scelto come presidente non sarebbe "esterno", atteso che, essendo titolare di un contratto di collaborazione con il ministero della giustizia-dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, e che i lavori sono finalizzati alla costruzione di un carcere, si dovrebbe applicare la giurisprudenza sugli appalti indetti dalle centrali di committenza, che ritiene legittima la scelta di membri della commissione che sono funzionari dell'amministrazione in favore della quale deve essere resa la prestazione.

Le doglianze non colgono nel segno, risultando pienamente condivisibili le statuizioni contenute nella sentenza appellata.

L'art. 216, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 (*codice dei contratti pubblici*), applicabile alla fattispecie in questione, prevede che: *“Fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'albo di cui all'articolo 7, la commissione aggiudicatrice 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”*.

Inoltre, ai sensi della circolare n. 21625 del 23 novembre 2016 adottata dal Ministero appellante, per le procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: *“il Presidente è di norma il dirigente amministrativo o altro dirigente della Stazione Appaltante”*.

La previsione è, quindi, più restrittiva rispetto a quanto previsto dall'art. 84, comma 3, del d.lgs n. 163 del 2006, secondo cui: *“la Commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali”*, perché dispone che il dirigente amministrativo della stazione appaltante possa essere sostituito solo da un altro dirigente e non da un funzionario incaricato di funzioni apicali della stessa amministrazione.

Inoltre, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale: *“Il Presidente deve essere interno alla stazione appaltante. La norma, che intende realizzare la duplice finalità di contenere la spesa pubblica e la trasparenza nel governo della procedura, introduce una regola che non ammette eccezioni”*(cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2257).

Nella fattispecie in questione dall'esame della documentazione versata in atti risulta confermato che il soggetto nominato come presidente della commissione, all'epoca della nomina stessa, non era né dipendente del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, né rivestiva la qualifica dirigenziale, essendo un mero collaboratore esterno.

Alla luce delle suesposte considerazioni gli appelli riuniti vanno respinti.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna le parti appellanti, in via solidale e per la stessa quota, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti dell'appellata, che si liquidano complessivamente in euro 8.000, oltre ad oneri di legge.

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