

Assoluta incompatibilità fra il ruolo di RUP e quello di commissario di gara.

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 30-1-2017

1. L'art. 84 comma 4, d.lg, 12 aprile 2006, n. 163, prescrivendo che nelle gare pubbliche 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, mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità, per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione; quello dell'oggettività, ad evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o, comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcepite che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse.

2. L'aver fornito chiarimenti e predisposto alcuni atti della procedura di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma implica, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione.

GUIDA ALLA LETTURA

Ai sensi dell'art. 84, comma 4, del D.lgs. 163/2006 ***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.***

La norma è stata sostituita dall'art. 77, comma 4, del vigente Codice che reca un elemento di novità laddove estende il divieto a **tutti “i commissari”, senza distinzioni di sorta**[\[1\]](#).

Tale divieto è evidentemente destinato a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti dalla partecipazione alle commissione giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale[\[2\]](#).

L'interesse pubblico perseguito dal legislatore è, non tanto e non solo quello della imparzialità, cui in ogni caso esso è riconducibile, ma anche la volontà di assicurare che la valutazione sia il più possibile oggettiva e cioè non influenzata dalle scelte che l'hanno preceduta, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara.

Va registrato l'andamento ambivalente della giurisprudenza sulla questione dell'esatta individuazione dei soggetti che non possono essere membri della commissione tecnica giudicatrice.

Alcune sentenze hanno sposato un'interpretazione elastica della norma sull'incompatibilità, in base alla quale **“non è neppure sufficiente la mera predisposizione materiale del capitolato speciale, occorrendo invero non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario, ...”**[\[3\]](#)

L'esercizio da parte di un commissario di funzioni amministrative con qualifica di dirigente per conto e nell'interesse dell'Amministrazione appaltante e relative alla procedura di gara non integra di per sé la causa di incompatibilità di cui all'art. 84, comma 4, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, atteso che detta norma mira ad **impedire la partecipazione alla Commissione di soggetti che, nell'interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura**[\[4\]](#); tale incompatibilità, infatti, mirando a garantire l'imparzialità dei commissari di gara, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto (es. incarichi di progettazione, di verifica della progettazione etc.), mentre **l'incompatibilità non può estendersi anche a funzionari della Stazione appaltante che svolgono incarichi (amministrativi o tecnici) che non sono relativi allo specifico appalto**[\[5\]](#).

In questo filone giurisprudenziale si iscrive una recente sentenza del Tar Brescia che ha confermato l'operatività dei suddetti principi anche sotto il regime normativo del D.lgs. 50/2016, affermando che **“il cumulo delle funzioni di RUP e di presidente della commissione di gara non viola le regole di imparzialità, come ritenuto da costante giurisprudenza, che argomenta in termini di principio, e non con riguardo ad una specifica disciplina delle gare e quindi si deve ritenere condivisibile”** pure **“nel vigore della nuova normativa**[\[6\]](#).”

Altre pronunce hanno, invece, evidenziato come **la descritta, potenziale incompatibilità vada intesa in maniera rigida**, fino a comprendere progettisti, dirigenti o professionisti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e che siano **interventuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura, anche al di là della sottoscrizione dei singoli atti**[\[7\]](#).

Secondo questa prospettiva due sono le finalità del divieto: da un lato, **preservare l'imparzialità, per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente**

le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione; dall'altro lato, viene perseguito il valore dell'**oggettività**, ad evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o, comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcepite che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse[8].

Alla luce di queste finalità, si ritiene che l'incompatibilità venga in considerazione **anche quando il componente incompatibile si sia limitato a "redigere" gli atti di gara nel senso della materiale compilazione degli stessi, i quali sono stati poi "approvati" dal responsabile del procedimento, unico detentore di competenze decisionali finali**[9].

I delineati principi trovano applicazione nella sentenza in commento. Nella specie, un'impresa classificatasi al terzo posto nella graduatoria finale aveva impugnato l'atto di aggiudicazione di un appalto sul rilievo della ritenuta violazione dell'art. 84, comma 4, d.lgs. 163/2006, a causa della situazione di incompatibilità in cui si trovava uno dei componenti la commissione giudicatrice poiché, nella veste di responsabile del procedimento, aveva redatto, approvato e rettificato gli atti di gara, e, in qualità di responsabile della unità organizzativa di riferimento, era altresì deputato al controllo in ordine alla corretta esecuzione del servizio oggetto di affidamento.

I controinteressati (Comune e impresa aggiudicataria) avevano, a loro volta, eccepito l'inammissibilità del ricorso, per difetto di interesse ad agire, sotto due diversi profili:

- la ricorrente si era classificata al terzo posto e, ciononostante, non aveva formulato alcuna censura avverso l'ammissione dell'aggiudicataria e della seconda classificata;
- la ricorrente non poteva comunque aggiudicarsi alcuna gara perché priva requisiti di affidabilità morale, a causa del rinvio a giudizio del socio unico per reati connessi allo svolgimento del servizio, e professionale, avendo la società medesima commesso gravi illeciti professionali in danno dell'ente nel corso dell'esecuzione del precedente contratto.

La II sezione del Tar Lecce ha respinto l'eccezione in rito, accogliendo, invece, il ricorso nel merito.

Sotto il primo profilo, osserva il Collegio che **l'accoglimento delle censure proposte nel ricorso introduttivo determinerebbe l'annullamento dell'intera procedura e quindi il conseguimento dell'interesse strumentale alla riedizione della gara**[10].

Per quanto riguarda la dedotta carenza di interesse perché la ricorrente sarebbe comunque esclusa da un'eventuale nuova gara in quanto priva dei necessari requisiti di affidabilità morale e professionale, a parere del Collegio queste contestazioni non comportano l'esclusione automatica dalla procedura ma necessitano sempre di una valutazione da parte

della stazione appaltante, con la conseguenza che la partecipazione alla futura gara non può essere aprioristicamente esclusa.

Nel merito, la Sezione aderisce alle tesi espresse da una parte della giurisprudenza, innanzi richiamata, circa **l'assoluta incompatibilità fra il ruolo di commissario e ogni altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativo al contratto da affidare.**

Tale principio è, infatti, volto a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura^[11].

Peraltro, nel caso in esame la contestata incompatibilità di uno dei commissari di gara si giustifica in ragione del rilevante ruolo da questi ricoperto, nella sua qualità di responsabile del procedimento, nel corso del procedimento di gara, avendo egli curato direttamente la predisposizione dei chiarimenti richiesti dalle imprese concorrenti e l'adozione di alcuni importanti provvedimenti (elaborazione, approvazione e rettifica degli atti di gara e proroga del termine di presentazione delle offerte). **L'aver fornito chiarimenti e predisposto alcuni atti della procedura non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma implica, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione.**

In sostanza, il commissario di cui trattasi ha svolto, all'interno della gara, un ruolo precluso ai componenti la Commissione giudicatrice che, pertanto, nel caso concreto, risulta viziata nella sua composizione.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. Amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1676 del 2016, proposto da:

Tributi Service Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli

avvocati Francesco Paolo Bello C.F. BLLFNC75C29A662O, Saverio Nitti C.F. NTTSVR77L16F052C, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Montinaro in Lecce, via G. Boccaccio N. 25;

contro

Comune di Castellaneta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonella Martellotta C.F. MRTNNL76R64C136D, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Greco in Lecce, piazza Mazzini 56;

Centrale Unica di Committenza Castellaneta – Laterza, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Publiservizi Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Carmine Cesarano C.F. CSRCMN70L20G813R, Camillo Santagata C.F. SNTCLL74C24B963Y, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Raffaella Giannotti in Lecce, via Cicolella 8/B;

Abaco Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 27102 del 20.10.2016 del Comune di Castellaneta, Servizio Finanziario, e della determinazione dirigenziale n. 26 del 20.10.2016 con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della ridetta procedura in favore della Publiservizi Srl;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della procedura di gara reso in favore della Publiservizi Srl di cui al verbale di gara n. 4 dell'11.8.2016;
- dei verbali di tutte le sedute di gara ovvero dei verbali n. 1 del 4.7.2016, n. 2 del 26.7.2016, n. 3 del 4.8.2016, n. 4 dell'11.8.2016 e di tutti i provvedimenti e le valutazioni ivi contenute;
- della determinazione dirigenziale n. 24 del 30.6.2016 del Responsabile Area III[^], Fiscalità Locale del Comune di Castellaneta;
- ove occorra, della determinazione dirigenziale n. 12 del 16.3.2016 e delle successive determinazioni n. 20 del 18.5.2016, n. 21 del 9.6.2016 e n. 22 del 14.6.2016, tutte a firma del Responsabile Area III[^], Fiscalità Locale Comune di Castellaneta;
- del bando, del disciplinare e di tutti gli atti di gara;
- di tutti gli atti connessi, presupposti e/o consequenziali;

per la declaratoria di annullamento di tutti i provvedimenti impugnati, con conseguente disposizione della riedizione della procedura di gara emendata dai profili di illegittimità dedotti nel presente ricorso;

per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, che sia stato o dovesse essere stipulato tra il Comune di Castellaneta e la Publiservizi Srl;

per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castellaneta e della Publiservizi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2016 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi l'avv. S. Nitti. per i ricorrenti, l'avv. A. Martellotta per il Comune, e l'avv. F. De Giorgi, in sostituzione dell'avv. C. Santagata, per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto indetto dal comune di Castellaneta avente ad oggetto *"Affidamento del servizio di supporto alla gestione, all'accertamento ed alla riscossione coattiva delle entrate tributarie ed extratributarie del comune di Castellaneta"*.

La ricorrente ha contestato la violazione dell'art. 84, comma 4, d.lgs. 163/2006, in quanto uno dei componenti della commissione di gara, la dott.ssa Capriulo, si trova in una situazione di incompatibilità, poiché è responsabile del procedimento, ha redatto, approvato e rettificato gli atti di gara, ed è comunque responsabile dell'area fiscalità locale, deputata al controllo in ordine alla corretta esecuzione del servizio oggetto di affidamento.

Il Comune e l'aggiudicataria, Publiservizi, hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, in quanto la ricorrente non ha dato dimostrazione dell'effettivo interesse concreto ed attuale non avendo dimostrato il vantaggio che si intende conseguire anche alla luce del fatto che la ricorrente si è classificata al terzo posto e non ha formulato alcuna censura avverso l'ammissione dell'aggiudicataria e della seconda classificata. Inoltre, è stato rilevato che la ricorrente non potrebbe aggiudicarsi alcuna gara in quanto dovrebbe comunque essere esclusa, perché mancano in capo alla ricorrente i requisiti di affidabilità morale (il socio unico della ricorrente è stato rinviato a giudizio per reati connessi allo svolgimento del servizio di riscossione dei tributi) e perché la Tributi ha commesso gravi illeciti professionali in danno dell'ente nel corso dell'esecuzione del precedente contratto.

Alla camera di consiglio del 20 dicembre 2016, avvertite le parti ex art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Le eccezioni sono infondate.

La giurisprudenza ha condivisibilmente affermato che in relazione alle controversie aventi ad oggetto procedure di evidenza pubblica, la legittimazione ad agire è data dalla correlazione tra l'interesse a conseguire l'aggiudicazione o la riedizione della gara sempreché, però, tale obiettivo sia collegato alla preesistenza di un titolo idoneo a far conseguire il bene della vita, che non può non risiedere nel fatto che il ricorrente abbia partecipato alla procedura selettiva la cui validità intende mettere in discussione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131).

Nel processo amministrativo la legittimazione al ricorso presuppone, l'esistenza di un situazione giuridica attiva, per cui in base a tale principio nelle procedure ad evidenza pubblica la legittimazione spetta unicamente a chi abbia partecipato alla gara giacché solo lo status di partecipante può configurare una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela (cfr. Tar Lazio, sez. III, 16 maggio 2016, n. 5737).

Nel caso in esame, la ricorrente ha dichiarato il proprio interesse alla riedizione della gara, interesse che non può essere messo in discussione per il fatto di essere arrivata terza e di non aver formulato censure avverso le prime due, posto che proprio l'accoglimento delle censure proposte nel ricorso introduttivo determinerebbe l'annullamento dell'intera procedura e quindi il conseguimento dell'interesse strumentale alla riedizione della gara.

Sussiste, dunque, quel rapporto "di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta" (cfr. Ad. Pl., 8/2014) che consente di fondare l'interesse della terza classificata a contestare giudizialmente lo svolgimento della procedura di gara.

Per quanto riguarda la dedotta carenza di interesse perché la ricorrente sarebbe comunque esclusa per mancanza dei requisiti di affidabilità morale e per la commissione di gravi illeciti professionali, è da rilevare che queste contestazioni non comportano l'esclusione automatica dalla procedura di gara ma necessitano sempre di una valutazione da parte della stazione appaltante, con la conseguenza che la partecipazione alla futura gara non può essere esclusa.

Nel merito, il ricorso è fondato.

Questa Sezione ha avuto modo di precisare che *"L'art. 84 comma 4, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, prescrivendo che nelle gare pubbliche 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, mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità, per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione; quello dell'oggettività, ad evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o, comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcepite che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse"* (Tar Lecce, sez. II, 27 giugno 2016, n. 1040).

In sostanza, l'art. 84 citato è volto a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che

abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura (cfr. Tar Latina, sez. I, 13 aprile 2016, n. 226).

Nel caso in esame, è incontestato che la dott.ssa Capriulo ha svolto le funzioni di responsabile del procedimento, e che in tale veste era il soggetto predisposto a fornire chiarimenti in ordine a tutti gli atti di gara, e che la stessa, successivamente alla pubblicazione del bando, ha rettificato gli atti di gara (determinazione n. 290 del 18 maggio 2016,) e ha prorogato la scadenza del termine di presentazione delle offerte (determinazione n. 22 del 14 giugno 2016).

L'aver fornito chiarimenti e predisposto alcuni atti della procedura di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma implica, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione.

In sostanza, la dott.ssa Capriulo ha effettuato una «funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta» il cui svolgimento è precluso ai componenti la Commissione giudicatrice che, pertanto, nel caso concreto, risulta viziata nella sua composizione.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto.

Le spese nei confronti della controinteressata sono compensate e nei confronti del Comune seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e per, l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune al pagamento in favore della ricorrente delle spese processuali che si liquidano in euro 1.500,00 (millecinquecento) oltre accessori di legge.

Spese compensate nei confronti della controinteressata.

[1] Nel sistema delineato dal D.lgs. 50/2016 il presidente, al pari degli altri commissari, è, di regola, reclutato attingendo a professionalità esterne sicché non vi è più motivo di prevedere una deroga che in passato si giustificava in ragione del fatto che la presidenza delle commissioni di gara spettava esclusivamente ai dirigenti dell'ente appaltante i quali, soprattutto negli enti di piccole dimensioni, sovente svolgevano un ruolo primario anche nella predisposizione e gestione della gara.

[2] Cfr. Adunanza plenaria, sentenza n. 13 del 7.5.2014.

[3] Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 1565 del 23.03.2015; Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 226 del 22.1.2015.

[4] Cfr. Tar Campania - Napoli sez. I, sentenza n. 455 del 30 gennaio 2012.

[5] Cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 242 del 25.01.2016; Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 4332 del 15.07.2011; Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 5456 del 05.11.2014.

[6] Cfr. Tar Brescia, sez. II, 19 dicembre 2016 n. 1757. A parere del tribunale bresciano il principio in parola deve trovare applicazione fino a quando non sarà entrata a regime la disciplina di cui all'art. 77, prima parte, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ovvero dopo che sarà stato creato l'albo dei commissari di gara; sino a quel momento, ai sensi del comma 12 dello stesso art. 77, "la commissione 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.

[7] Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 3316 del 14.6.2013; Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 5057 del 13.10.2014.

[8] Cfr. T.r.g.a. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, sentenza n. 11 del 05.01.2016.

[9] Cfr. in termini anche Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 5441 del 04.11.2014.

[10] Sussisterebbe, dunque, quel rapporto “*di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta*” (cfr. Ad. Pl., 8/2014) che consente di fondare l’interesse della terza classificata a contestare giudizialmente lo svolgimento della procedura di gara - cfr. sul punto Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 8 del 03.02.2014.

[11] Cfr. Tar Latina, sez. I, 13 aprile 2016, n. 226.