

Al presidente del seggio di gara si applicano le incompatibilità previste anche per i componenti, tra i quali non deve sussistere alcun rapporto di subordinazione gerarchica

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 31-5-2017

1. Il Presidente del seggio di gara non deve aver svolto alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.
2. In ordine alle incompatibilità del seggio di gara previste dal d.lgs. n. 50/2016 non è possibile alcuna distinzione tra "atti dovuti", per cui opererebbe la relativa disciplina, e altri tipi di atti, per cui non opererebbe.
3. Tra i componenti del seggio di gara non deve sussistere alcun rapporto gerarchico.

Guida alla lettura.

Il ricorso deciso dal Tar salentino, riguardante l'aggiudicazione di una gara d'appalto, s'incentra sulla valutazione degli effetti conseguenti ai vizi di partecipazione ad una commissione di gara da parte di membri che non rispettino il dettato dell'art. 77, comma 4, del vigente d.lgs. n. 50/2016, 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"*.

Nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006, *"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).

Pertanto, il Collegio, in conformità alla modifica legislativa, ha ritenuto che nella fattispecie al

Presidente del seggio di gara si applicassero le incompatibilità previste dal comma 4 dell'art. 77 cit., per cui la partecipazione dello stesso alla redazione di atti dell'appalto aveva determinato una insanabile illegittimità, non potendo assumere il ruolo in questione.

Al contempo, il Collegio ha escluso la tesi difensiva dell'amministrazione che voleva dare rilevanza alla distinzione tra "atti dovuti" e altri tipi di atti, essendo da escludere che tutti gli atti di gara possano essere redatti da un componente del seggio di gara, compreso il presidente.

Ulteriore vizio di legittimità riscontrato dal TAR ha riguardato il rapporto di subordinazione gerarchica che legava alcuni componenti della Commissione di gara, atteso che secondo un recente arresto giurisprudenziale *"per un principio generale dell'ordinamento di settore, ma applicabile naturalmente anche ai concorsi pubblici, ogni commissario deve essere libero di svolgere in autonomia le proprie valutazioni, il che sarebbe fortemente ostacolato dal fatto che uno dei membri possa esercitare, anche inconsciamente, una qualche "pressione" su uno o più degli altri componenti. Uno dei casi in cui tale "pressione" può manifestarsi si verifica proprio quando fra i commissari vi sono rapporti di dipendenza gerarchica. Il vizio ha valenza invalidante ex se, a prescindere quindi dal fatto che in concreto non sia fornita la prova di uno sviamento di potere"* (Tar Marche, sez. I, 06 febbraio 2017, n. 108).

Sulla base delle anzidette ragioni il ricorso è stato accolto, con annullamento dell'aggiudicazione intervenuta.

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 364 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da: XXX S.r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Agnese Caprioli in Lecce, via Scarambone 56;

contro

Asl Ta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Semeraro, con domicilio eletto presso il suo studio in Taranto, viale Virgilio 31;

nei confronti di

YYY Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Anna Lillo, domiciliata ex art. 25 cpa presso la Segreteria del Tar in Lecce, via F. Rubichi ;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

della Deliberazione del Direttore Generale ASL Taranto n. 297 del 09/02/2017, mai notificata e/o comunicata, con cui è stata disposta la aggiudicazione definitiva della procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di distribuzione gas medicali e tecnici e delle centrali di distribuzione ossigeno e protossido di azoto e di produzione aria medicale e vuoto e l'analisi dei predetti impianti presso i presidi ospedalieri di competenza dell'ASL TA.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva Prot. n. 26213 del 13.02.2017, della procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di distribuzione gas medicali e tecnici e delle centrali di distribuzione ossigeno e protossido di azoto e di produzione aria medicale e vuoto e l'analisi dei predetti impianti presso i presidi ospedalieri di competenza dell'ASL TA (C.I.G. 671866301B), disposto dalla Stazione appaltante in favore della controinteressata YYY S.R.L.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Asl Ta e della Item Oxygen Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2017 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi per le parti i difensori avv. G. Misserini per i ricorrenti, avv. L. Nilo, in sostituzione dell'avv. D. Semeraro, per la P.A. e avv. A. Lillo per la controinteressata;

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

La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, e gli atti presupposti, della procedura, indetta dall'Asl Taranto, avente ad oggetto l'affidamento *"del servizio di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di distribuzione gas medicali e tecnici e delle centrali di distribuzione ossigeno e protossido di azoto e di produzione aria medicale e vuoto e l'analisi dei predetti impianti presso i presidi ospedalieri di competenza ASL TA"*.

Si sono costituite l'Asl e la controinteressata.

Alla camera di consiglio dell'11 aprile 2017, avvertite le parti ex art. 60 c.p.a, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

La ricorrente deduce, tra l'altro, l'illegittima composizione della Commissione in quanto il Presidente ha partecipato alla redazione, sottoscrivendoli, del disciplinare di gara e del capitolato tecnico.

È da rilevare anzitutto l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità di tale censura per tardività, posto che per giurisprudenza alla quale si aderisce *"Nelle gare pubbliche l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce un effetto lesivo che implichi l'onere dell'impugnazione nel prescritto termine decadenziale, la quale va invece effettuata unitamente al provvedimento di aggiudicazione dell'appalto; in sostanza la nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione che si ritenga leso solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato"* (Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2015 n. 92).

Nel merito la censura è fondata.

Com'è noto l'art. 77, comma 4, del d.lgs. 50/2016 ha prescritto che *"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"* modificando il disposto del previgente codice che all'art. 84 escludeva la figura del Presidente dall'osservanza delle disposizioni citate.

Proprio la modifica legislativa porta a ritenere che anche per il Presidente si applicano le incompatibilità previste dal comma 4, con la conseguenza che questo, per poter assumere la funzione, non deve aver svolto *"alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"*.

Questa Sezione, in vigenza del vecchio codice, 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).

Nel caso in esame, il Presidente ha partecipato alla redazione di atti dell'appalto con la conseguenza che questo non poteva assumere il ruolo in questione.

È poi da rilevare che nessuna distinzione nel codice viene fatta tra “atti dovuti” (così individuati dalla memoria dell’amministrazione) e altri tipi di atti, per cui non è possibile ritenere che vi siano atti di gara la cui redazione sia ammessa da parte di un componente della Commissione.

Parimenti fondata è la censura riguardante il rapporto di subordinazione gerarchica tra alcuni componenti della Commissione, ed in particolare dell’ing. Carrera con l’ing. Moschettini (tale circostanza, affermata in ricorso, non è stata infatti smentita dalle amministrazioni intimare).

Come affermato dalla giurisprudenza condivisa dal Collegio *“per un principio generale dell’ordinamento di settore, ma applicabile naturalmente anche ai concorsi pubblici, ogni commissario deve essere libero di svolgere in autonomia le proprie valutazioni, il che sarebbe fortemente ostacolato dal fatto che uno dei membri possa esercitare, anche inconsciamente, una qualche “pressione” su uno o più degli altri componenti. Uno dei casi in cui tale “pressione” può manifestarsi si verifica proprio quando fra i commissari vi sono rapporti di dipendenza gerarchica. Il vizio ha valenza invalidante ex se, a prescindere quindi dal fatto che in concreto non sia fornita la prova di uno sviamento di potere”* (Tar Marche, sez. I, 06 febbraio 2017, n. 108).

In conclusione, il ricorso deve essere accolto, con assorbimento degli ulteriori motivi.

Le spese seguono la soccombenza nei confronti dell’Asl e sono liquidate come da dispositivo.

Compensate le spese nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

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

Condanna l’Asl al pagamento delle spese processuali che si liquidano in euro 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge e rifusione del contributo unificato.

Compensa le spese nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2017 con l’intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Claudia Lattanzi, Primo Referendario, Estensore

