

## **Responsabile del procedimento e membro della commissione di gara: violazione dell'art. 84 D.Lgs. 163/2006?**

*di Nicola Durante, Stefano Costarella*

*Data di pubblicazione: 11-4-2017*

1.I vizi relativi alla composizione della commissione giudicatrice possono essere utilmente fatti valere solo nel momento in cui i relativi lavori si siano completati in senso negativo per il soggetto inciso, in tal modo ingenerando in lui l'interesse concreto e attuale all'impugnativa, ovvero nei casi in cui si determinino comunque a carico del singolo candidato eventi idonei a determinare a suo carico definitivi arresti procedurali.(1)

2.Ai sensi dell'art. 84 comma 4, d.lg, 12 aprile 2006, n. 163, 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. Tale prescrizione mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità e quello dell'oggettività.(2)

3.L'art. 84 D.Lgs. 163/2006 è volto a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti discorsivi e favoritismi 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.(3)

*(1) Conformi: Tar Calabria Catanzaro, Sez. II sent. N. 1630/2014, Tar. Sardegna, Sez. I, 5 giugno 2013, n. 459 e Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2252*

*(2) Conformi: Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 93/2017 del 23.01.2017; Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 1040 del 27 giugno 2016*

*(3) Conformi: Tar Latina, sez. I, 13 aprile 2016, n. 226; Cons. St. n. 3352/2015*

**Guida alla lettura**

La sentenza in esame affronta una problematica di particolare importanza e di notevole riscontro pratico: quid juris nel caso in cui, quale componente di una commissione di gara, venga nominato il responsabile del procedimento di evidenza pubblica?

Prima di risolvere la questione sottoposta al proprio vaglio, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria enumera quelli che sono dei veri e propri principi-cardine in materia di appalti pubblici, tanto da trovare applicazione, ai sensi del richiamo operato dall'art. 27 del D.Lgs. 163/2006, anche alle procedure di gara escluse dall'ambito di applicazione del Codice. Ci si riferisce, in particolare, ai principi di imparzialità e di oggettività, di cui discorre la pronuncia qui annotata.

Più nello specifico, nell'annullare i provvedimenti impugnati in quanto affetti dal vizio di violazione di legge, segnatamente dell'art. 84 del Codice degli appalti, i Giudici del Capoluogo calabrese affermano che siffatta disposizione normativa deve essere interpretata nel senso 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”*.

Il passo successivo dell'iter logico-argomentativo seguito dal Collegio calabrese, è costituito dalla enunciazione in virtù della quale l'aver *“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”*. Con l'ulteriore conseguenza per cui il responsabile del procedimento, il quale approvi o predisponga atti di gara, svolge *“una «funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»”,* come tale preclusa *“ai componenti la Commissione giudicatrice che, pertanto, nel caso concreto, risulta viziata nella sua composizione”*.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 193 del 2017, proposto da:

Novas Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Izzo C.F. ZZIFNC77S03C352A, con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, corso Giuseppe Mazzini 74;

### ***contro***

Comune di Cropani, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Sciumbata C.F. SCMLGU53E18I671X, con domicilio eletto presso il suo studio in Sersale, via Greco;

Centrale Unica Committenza "Sersale-Cropani-Zagarise-Sellia Marina" non costituito in giudizio;

### ***nei confronti di***

Athena Cooperativa Sociale non costituito in giudizio;

### ***per l'annullamento, previa idonea tutela cautelare:***

- della determinazione n. 3 del 18 marzo 2016 della Centrale Unica di Committenza "Sersale – Cropani – Zagarise – Sellia Marina", recante ad oggetto "Nomina della commissione di gara per il servizio di supporto agli uffici";
- del provvedimento di cui alla determinazione n. 8 del 6 febbraio 2017, adottato dal Responsabile del Settore n. 1 Amministrativo/Tributi del Comune di Cropani, avente ad oggetto "Approvazione verbali servizio di supporto agli uffici comunali e affidamento definitivo per mesi 9 dal 08.02.2017" e del contestuale "Verbale di consegna del servizio sotto riserva di legge", di cui alla nota prot. 1063 del 2017;
- di ogni altro atto che sia o possa considerarsi presupposto e/o connesso all'aggiudicazione sopra impugnata e che con la stessa sia in rapporto di correlazione e, in particolare, di tutti i verbali della commissione giudicatrice (Verbale della I seduta del 18 marzo 2016; Verbale della II seduta del 30 marzo 2016; Verbale della III seduta del 30 marzo 2016; Verbale della IV seduta del 22 aprile 2016; Verbale della V seduta del 18 gennaio 2017), nonché della delibera di Giunta Municipale n. 67 del 14 dicembre 2015, del bando e capitolato speciale di gara (approvati con determina n. 19 del 26 febbraio 2016), nelle parti in cui prevedono che l'attribuzione del punteggio spettante all'offerta economica di ciascun concorrente è quello risultante dall'applicazione della formula "prezzo più basso offerto x 10 / prezzo offerto dalla

ditta da valutare”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cropani;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2017 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con determinazione n. 26 del 26 febbraio 2016, il Comune di Cropani ha indetto la gara per l'affidamento del servizio di supporto agli uffici comunali.

Alla gara - che prevedeva come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa - partecipavano la Novas Cooperativa Sociale Onlus e la Athena Cooperativa Sociale.

Le operazioni di gara venivano compiute dalla Centrale Unica di Committenza “Sersale-Cropani- Zagarise Sellia Marina” e, una volta espletate, con determinazione n. 8 del 6 febbraio 2017, il Comune di Cropani approvava tutti gli atti di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore della Athena Cooperativa Sociale con punteggio di 76,972 , seguita in graduatoria dalla Novas Cooperativa Sociale con punteggio di 75 punti.

La Novas Cooperativa Sociale proponeva ricorso innanzi al Tar Calabria Catanzaro impugnando gli atti di cui al ricorso. Si costituiva l'amministrazione resistente chiedendo rigettarsi il ricorso.

1. Parte resistente eccepiva l'illegittimità del ricorso per la decorrenza del termine decadenziale.

L'irricevibilità deriverebbe dal fatto che parte ricorrente aveva già da un anno la piena conoscenza della lesività degli atti, avendo partecipato alla gara e approvato la lex specialis.

Tale eccezione non può trovare accoglimento in quanto la giurisprudenza prevalente, con orientamento pienamente condivisibile, ha affermato che i vizi relativi alla composizione della commissione giudicatrice possono essere utilmente fatti valere solo nel momento in cui i relativi lavori si siano completati in senso negativo per il soggetto inciso, in tal modo ingenerando in lui l'interesse concreto e attuale all'impugnativa, ovvero nei casi in cui si determinino comunque a carico del singolo candidato eventi idonei a determinare a suo carico

definitivi arresti procedurali (Tar Calabria Catanzaro, Sez. II sent. N. 1630/2014, Tar. Sardegna, Sez. I, 5 giugno 2013, n. 459 e Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2252).

Ne deriva che l'eccezione non può trovare accoglimento.

2. Il primo motivo di ricorso non può trovare accoglimento.

L'oggetto dell'appalto in questione rientra nell'allegato II B del Codice dei Contratti nella categoria "22" ( CPV 79621000-3 servizi di fornitura personale d'ufficio) e come tale è escluso dall'applicabilità del Codice degli Appalti.

Ne discende che l'amministrazione non appare obbligata a utilizzare uno dei criteri descritti nell'allegato P del d.p.r. n. 207/2010, fermo restando che parte ricorrente non ha contestato le modalità di calcolo con riferimento a tutti e 5 i criteri previsti nel citato allegato, limitandosi a contestare l'utilizzabilità del criterio adottato dall'amministrazione a vantaggio del criterio scelto dal ricorrente stesso. Al contrario il citato d.p.r. prevede che nel caso di gare effettuate sulla base di offerta economicamente più vantaggiosa, "il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere effettuato utilizzando una scelta della stazione appaltante uno dei seguenti metodi indicati nel bando di gara o nella lettera di invio". Pertanto, anche in via di

allegazione il motivo di impugnazione appare in realtà inammissibile non essendo stato descritto l'esito del procedimento valutativo sulla base di tutti i criteri astrattamente applicabili.

Allo stesso modo, l'ulteriore motivo di impugnazione con cui è stato contestato il carattere sproporzionato della rilevanza attribuita all'offerta tecnica rispetto all'offerta economica non appare meritevole di accoglimento.

Occorre premettere che l'amministrazione è dotata di discrezionalità tecnica nella individuazione dei criteri da utilizzare, nei limiti previsti dalla legge, sindacabile dinanzi al giudice amministrativo solo in ipotesi di illogicità o irragionevolezza. Nel caso di specie, la scelta di attribuire preferenza e maggiore rilevanza al profilo tecnico rispetto a quello economico appare funzionale ai principi di efficienza e di buon andamento dell'amministrazione ai quali è finalizzata l'attività amministrativa.

Ne discende che il motivo di ricorso non può trovare accoglimento.

3. Parte ricorrente impugna i provvedimento per l'illegittima composizione della commissione di gara di cui è stata nominata componente, con funzioni diverse da quelle di Presidente, il responsabile del procedimento e del settore amministrativo e tributi del Comune di Cropani, dott.ssa Giuseppina Ferrucci.

Questo principale motivo ha natura assorbente in rapporto alle argomentazioni delle parti, infatti la giurisprudenza è unanime nel ritenere che, ai sensi dell'art. 84 comma 4, d.lg, 12 aprile 2006, n. 163, 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.

Tale prescrizione mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità e quello dell'oggettività (cfr. Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 93/2017 del 23.01.2017; Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 1040 del 27 giugno 2016).

In sostanza, l'art. 84 citato è volto a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi e favoritismi 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; Cons. St. n. 3352/2015).

Nel caso in esame, è incontestato che la dott.ssa Ferrucci ha svolto le funzioni di responsabile del procedimento, e che in tale veste, ha predisposto e approvato gli atti di gara (determina a contrarre, bando e capitolato, tutti approvati con determinazione n. 19 del 26 febbraio 2016), ha curato tutti gli adempimenti amministrativi di sua competenza e da ultimo ha adottato la

determinazione n.8 del 6 febbraio 2017 di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva e ha prontamente adottato e sottoscritto il verbale di consegna del servizio in via d'urgenza e sotto riserva di legge di cui al prot. n. 1063 dell'8 febbraio 2017.

L'aver 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 Ferruccio 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.

Pertanto, vi è senz'altro violazione del citato art. 84 e tale violazione è idonea a determinare l'annullamento dei provvedimenti impugnati. Il fatto che la gara rientri in una delle categorie escluse dall'applicazione del Codice degli appalti non incide sull'esito della controversia, in quanto la disposizione costituisce espressione dei principi di imparzialità e oggettività ed è quindi applicabile anche ai contratti esclusi ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. 163/2006.

Ne discende che il ricorso deve trovare accoglimento.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza per legge e sono liquidate d'ufficio come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Cropani, al rimborso delle spese di lite, in favore di parte ricorrente che liquida nella misura complessiva di euro 2.000,00, per compensi professionali, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario

Raffaele Tuccillo, Referendario, Estensore