

## Incompatibilità fra funzioni di Rup e commissario di gara: onere della prova a carico della parte deducente

di Aurelia Mammana

Data di pubblicazione: 28-11-2018

### Contratti pubblici – incompatibilità fra funzioni di Rup e commissario di gara – non è automatica

Con la sentenza in epigrafe, il Consiglio di Stato ha fornito un importante contributo interpretativo sull'art. 77, comma 4 del d.lgs. 50/2016, il quale, nella sua versione originaria, prima dell'intervento del correttivo (applicabile *ratione temporis* alla vicenda all'esame del Collegio) disponeva 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”*.

In particolare, il Collegio si è posto l'interrogativo se la disposizione possa essere intesa in senso del tutto ostativo alla possibilità che in un medesimo soggetto si cumulino le funzioni di presidente di Commissione e Rup, anche alla luce del raffronto con la successiva modifica introdotta in sede di correttivo, che ha arricchito la disposizione con un *addendum* ai sensi del quale *“la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*.

In proposito, il Collegio ha ricordato, con riferimento alla versione originaria del citato comma 4, l'esistenza di due contrapposti orientamenti giurisprudenziali: (i) un primo, più restrittivo, che legge nella disposizione un divieto rigido di cumulo delle funzioni, privilegiando la portata innovativa della norma rispetto al previgente art. 84 del d.lgs. n. 163/06 (che vietava il cumulo delle funzioni di RUP e commissario solo con riferimento ai componenti la commissione diversi dal Presidente: T.A.R. Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306); (ii) un secondo, che sgombrando il capo da automatismi di sorta, in linea con l'esegesi già condivisa sull'antesignano art. 84 dell'abrogato codice, rimanda la valutazione di compatibilità al caso concreto, ammettendo il cumulo a condizione che non sussistano comprovate ragioni di interferenza e di condizionamento tra i due ruoli (T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; T.A.R. Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; T.A.R. Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192).

Nel senso di un'interpretazione meno rigida del divieto di cumulo depongono due importanti elementi esegetici, riconducibili, rispettivamente, alle Linee Guida Anac sul RUP, approvate con determinazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 (rielaborate alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1767/2016); e quindi al correttivo, che ha rimesso la “valutazione” di compatibilità alla stazione appaltante con riferimento alla singola procedura di gara.

Il Collegio, pertanto, con la pronuncia in commento, aderisce a tale secondo orientamento,

privilegiando ancora una volta la sostanza sulla forma.

In tal senso, i Giudici di Palazzo Spada ricordano che, perché possa proclamarsi il divieto di cumulo tra le funzioni di presidente della commissione e di RUP, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, ma occorre che sia provata (con onere della prova a carico della parte deducente) la concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o della mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (in termini: Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191). Né – aggiunge il Collegio - tale incompatibilità può desumersi *ex se* dall'appartenenza del funzionario componente della Commissione alla struttura organizzativa preposta alla preparazione degli atti di gara o alla successiva fase di gestione dell'appalto (in questi termini: T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32).

Leggi la sentenza

## **REPUBBLICA ITALIANA**

### **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

#### **Il Consiglio di Stato**

#### **in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

#### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3253 del 2018, proposto da DEL.GA Società a responsabilità limitata semplificata, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Rolando Pini, Guido Francesco Romanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria n. 5;

#### ***contro***

Comune di Carpi, Unione Delle Terre D'Argine, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Mauro Di Pace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di San Basilio 61;

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

Didasko Coop. Soc., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Emiliano Strinati, Alfonso Tordo Caprioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria sezionale del

Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro n. 13;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 00226/2018, resa tra le parti, concernente la procedura aperta per l'individuazione del concessionario del servizio farmaceutico della farmacia comunale di Carpi (MO), di nuova istituzione, tipo pubblica urbana, sede n. 21.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Carpi, dell'Unione Delle Terre D'Argine e di Didasko Coop. Soc.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Rolando Pini, Mauro Di Pace e Alfonso Tordo Caprioli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Nel primo grado di giudizio sono stati impugnati gli esiti della gara ad evidenza pubblica indetta ai sensi degli articoli 164 e ss. del d.lgs. 50/2016 dalla Centrale Unica di Committenza (CUC) dell'Unione Terre d'Argine, per l'individuazione del concessionario del servizio farmaceutico della farmacia comunale di Carpi (MO) di nuova istituzione, sede n. 21.

2. Il bando di gara prevedeva l'assegnazione di un punteggio massimo di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per l'offerta economica.

La gara si è conclusa in favore della Didasko Soc. Coop che ha conseguito un totale di 100 punti (di cui 70 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica), seguita dalla Del.Ga. s.r.l.s. con 73,20 punti (di cui 47,198 per l'offerta tecnica e 26,01 per l'offerta economica).

3. Nel giudizio di primo grado, la Del.Ga. s.r.l.s. ha chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e degli atti presupposti, articolando sei motivi di censura.

Con l'impugnata sentenza n. 226/2018, il Giudice di primo grado ha, rispettivamente, respinto come infondati i primi quattro motivi di ricorso e dichiarato inammissibili, perché tardivi, gli

ultimi due motivi.

4. In sede di appello, la Del.Ga. s.r.l.s. ripropone i primi quattro motivi di ricorso, rinunciando all'appello sulla pronuncia di tardività dei rimanenti due.

5. Si sono costituiti in giudizio la controinteressata Didasko, il Comune di Carpi e l'Unione delle Terre d'Argine.

6. A seguito della rinuncia all'istanza cautelare, espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 18 ottobre 2018.

## DIRITTO

1. Col primo motivo di ricorso, la Del.Ga ha lamentato la violazione dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016, per avere l'ing. Norberto Carboni ricoperto le funzioni, tra di loro incompatibili, di dirigente della CUC incaricato della redazione del bando di gara oltre che di Presidente della Commissione giudicatrice.

1.1. Il TAR Bolognese ha ritenuto in concreto non incompatibile l'ufficio di Presidenza della Commissione giudicatrice con le funzioni di dirigente della CUC Unione Terre d'Argine.

Richiamando la giurisprudenza consolidata in materia, ha infatti affermato che:

a) l'art. 77 del nuovo codice dei contratti pubblici è applicabile esclusivamente "a regime", cioè a seguito della istituzione dell'albo nazionale dei commissari di gara;

b) nella fase intertemporale che precede tale momento, non sussiste alcuna incompatibilità tra i ruoli di Presidente della Commissione e di RUP o di soggetto aggiudicatore, a meno che non venga dimostrata in concreto una specifica interferenza tra le due funzioni;

c) tale prova nel caso presente è del tutto mancata, anche perché il contenuto essenziale della *lex specialis* di gara - predeterminato dall'ente locale con determina dirigenziale n. 38 del 27.1.2017 - è stato pedissequamente recepito nel bando di gara ed il ruolo della CUC si è limitato alla conduzione e all'espletamento della procedura selettiva.

1.2. La società appellante - dopo aver rilevato che nel caso di specie il presidente della commissione ricopriva le funzioni (non di RUP ma) di Presidente della Centrale di committenza dell'Unione delle Terre d'argine designato ad interim, e che in tale qualità egli aveva elaborato e approvato gli atti di gara, designato sé stesso quale presidente della Commissione e designato i commissari - osserva che, anche volendo accedere alla teoria della non immediata precettività del regime delle incompatibilità introdotto dall'art. 77, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare l'insussistenza di un'incompatibilità in concreto a carico dell'Ing. Carboni in relazione alla svolgimento sia della funzione di Presidente della commissione di gara sia delle funzioni amministrative in precedenza assolte e, quindi, con riguardo alla possibile incidenza che tale cumulo di ruoli avrebbe potuto determinare sul processo di valutazione delle offerte.

Aggiunge la parte appellante che l'art. 77 d.lgs. 50/2016 (al pari dell'art. 84 comma 4 d.lgs. 163/2006) è norma preventiva, finalizzata a scongiurare il semplice pericolo di possibili effetti distorsivi e non implicante alcun onere probatorio a carico della parte che deduce l'incompatibilità del commissario.

Indice concreto di una condizione di incompatibilità si ricaverebbe nel caso specifico dal fatto che il presidente della Commissione di gara, in qualità di dirigente della centrale unica di committenza, ha approvato un bando differente rispetto alle indicazioni fornite dal dirigente del Comune di Carpi, in particolare nella individuazione del valore della concessione, stimato non secondo il criterio del fatturato (come suggerito nella relazione del dirigente comunale) ma secondo il diverso criterio del corrispettivo da riconoscere al comune.

2. Il motivo di appello non può trovare accoglimento.

2.1. Giova premettere che la gara, bandita con determina del 27 gennaio 2017 n. 38, soggiace alle disposizioni dettate dal nuovo Codice dei contratti.

In questo specifico scenario normativo, di utile rilievo ai fini della tesi promossa dalla parte appellante è l'art. 77 comma 4 del d.lgs. 50/2016, il quale, nella sua versione originaria (applicabile *ratione temporis* alla vicenda qui all'esame) disponeva 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"*.

Con successiva modifica introdotta in sede di correttivo dall'art. 46, comma 1, lett. d), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ma non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie vigente, il comma 4 è stato arricchito di un *addendum* ai sensi del quale *"la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura"*.

2.2. Si tratta a questo punto di chiarire quale sia la portata attribuibile alla prima versione dell'art. 77 comma 4, e se essa possa essere intesa in senso del tutto ostativo alla possibilità che in un medesimo soggetto si cumulino le due funzioni di presidente di Commissione e RUP (o presidente dell'ente aggiudicatore).

2.3. Una parte della giurisprudenza di primo grado ha così inteso il comma 4, cogliendone il portato innovativo, rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del d.lgs. 163/2006, proprio nella scelta di introdurre una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP (o ruolo equivalente) e l'incarico di componente e finanche di presidente della commissione.

Ad integrazione e supporto di questa impostazione si è altresì evidenziato che la nuova regola del comma 4 è di immediata applicazione, non essendo condizionata dall'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2 (in questo senso T.A.R. Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306).

2.4. Per meglio intendere l'effetto innovativo dell'art. 77 comma 4, si consideri che l'art. 84, comma 4, dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 si limitava a sanzionare le situazioni di

incompatibilità dei soli membri della commissione di gara diversi dal presidente ("*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*"); viceversa, l'incompatibilità prevista dall'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 - discendente anch'essa dall'aver svolto in passato o dallo svolgere "*alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*" - non fa distinzione tra i componenti della commissione di gara implicati nel cumulo di funzioni e, pertanto, sembra estendersi a tutti i commissari indistintamente.

2.5. In favore di una lettura preclusiva del cumulo di funzioni si era espressa anche l'ANAC nel primo schema delle Linee Guida n. 3 che così recitava: "*il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice)*".

L'indirizzo dell'ANAC è mutato nel testo definitivo delle Linee Guida (poi approvate con determinazione dell'ANAC n. 1096 del 26 ottobre 2016) rielaborato, alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1767/2016, nel senso che "*Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza*" (punto 2.2., ultimo periodo).

2.6. Un secondo e opposto orientamento giurisprudenziale ha invece interpretato l'art. 77 comma 4 in continuità con l'indirizzo formatosi sul codice antecedente, giungendo così a concludere 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, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; T.A.R. Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; T.A.R. Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192).

2.7. Il Collegio ritiene di dare séguito a questo secondo orientamento, a ciò indotto dalle seguenti considerazioni.

2.7.1. Innanzitutto, vi è ragione di dubitare che l'art. 77 comma 4, nella sua versione ante correttivo, intendesse precludere al RUP la partecipazione alla commissione. Una tale lettura era stata avversata da questo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 1767, del 2 agosto 2016, reso ad ANAC sullo schema di Linee Guida n. 3, nel quale la Commissione speciale aveva così censurato l'impostazione espressa nel documento all'esame: "*...la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. Stato, V, n. 1565/2015). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali...*" (vedasi il punto "Pag. 3, par. 1.2., terzo periodo" del parere 1767/2016).



A seguire, la stessa ANAC era giunta ad affermare l'inesistenza di una tale automaticità allorché, nel testo delle Linee Guida licenziato il 26 ottobre 2016, aveva fatto riferimento alla circostanza che *"il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza"*.

2.7.2. Un secondo e decisivo elemento esegetico è costituito dall'indicazione successivamente fornita dal legislatore, il quale, integrando il disposto dell'art. 77 comma 4, ha escluso ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara.

Sembra difficile negare che il correttivo normativo introdotto nel 2017 abbia svolto una funzione di ausilio ad una esegesi della disposizione che era già emersa alla luce della prima versione dell'art. 77.

La soluzione così avallata, sebbene astrattamente opinabile se riguardata in relazione al tenore testuale della prima versione dell'art. 77, sembra tuttavia costituire l'esito ermeneutico maggiormente coerente con l'opzione che il legislatore ha inteso consolidare in via definitiva. A ciò aggiungasi che una lettura funzionale ad una uniforme applicazione della disposizione (pur nel mutamento della sua formulazione testuale) è da preferirsi anche sotto il profilo del riflesso che tale soluzione può assumere sulla continuità e sul buon andamento degli indirizzi della prassi amministrativa.

2.7.3. In questi stessi termini si è di recente espressa l'ANAC, con il parere di cui alla deliberazione n. 193/2018, ove - proprio con riguardo ad una fattispecie riconducibile alla prima versione dell'art. 77 comma 4 d.lgs. 50/2016 - si è chiarito che *"al fine di evitare forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, l'eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice, deve essere valutata in concreto dalla stazione appaltante verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito"* (e nello stesso senso si pone la precedente delibera ANAC n. 436 del 27 aprile 2017).

2.8. Dando seguito, pertanto, alla qui condivisa impostazione secondo la quale non può essere ravvisata alcuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto - nell'ottica di una lettura dell'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente d.lgs. n. 163/2006 (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 18.1.2018, n. 695) - occorre ulteriormente evidenziare che:

- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012);

- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta

partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);

- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi “*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*” (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255 e 23.3.2015, n. 1565);

- 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);

- 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);

- in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi *ex se* dall'appartenenza del funzionario componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32).

2.9. Nel caso di specie, non sussistono elementi specifici atti, in concreto, a far ritenere la dedotta incompatibilità, né è stato addotto dalla società ricorrente alcun dirimente elemento probatorio al riguardo, utile a dimostrare che l'ing. Carboni abbia concretamente partecipato alla fase preliminare della formazione degli atti di gara e abbia svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'affidamento del servizio.

2.10. Nella vicenda per cui è causa parte ricorrente si è, invero, limitata a denunciare che la stessa persona ha rivestito gli incarichi di Presidente del Centro di committenza e di Presidente della commissione giudicatrice. Essa non ha specificato le ragioni effettive di siffatta asserita incompatibilità, ossia come e quando si sia concretata l'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'affidamento, come tale attività abbia inciso sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte e come ne sia stato conseguentemente condizionato l'esito.

2.11. Unica e più puntuale deduzione è stata formulata con riferimento al fatto che l'ing. Carboni ha firmato il bando e lo ha approvato in una versione differente rispetto alle indicazioni fornite dal dirigente del Comune di Carpi (nella determina n. 39/2017): la differenza risiederebbe, in particolare, nella individuazione del valore della concessione non secondo il criterio del fatturato (suggerito nella relazione del dirigente comunale), ma secondo il diverso criterio del corrispettivo da riconoscere al Comune (pag. 10 atto di appello).

Il rilievo è tuttavia inconferente in quanto il bando di gara riproduce integralmente il contenuto



della determina n. 39 sicché, al di là del dato formale - ma in sé non decisivo - della sua sottoscrizione da parte del Presidente della Commissione, deve escludersi la possibilità di imputare a quest'ultimo l'elaborazione contenutistica della legge di gara.

2.12. La deduzione di parte appellante non persuade neppure nel successivo e più specifico riferimento al criterio di stima del valore del servizio, in quanto sul punto la determina dirigenziale n. 39/2017 e il bando presentano un contenuto coincidente: la prima prevede infatti che *“per quanto riguarda l'offerta economica l'elemento valutabile è costituito dal canone di concessione annuale da corrispondere al Comune, mediante l'indicazione di percentuale da applicare sul volume d'affari annuale, tenuto conto che la base di gara è stabilita nella misura minima del 3% (tre per cento) e che il canone minimo annuale ammonta ad €. 24.000,00”* (pag. 4); a sua volta, il bando dispone che l'offerta economica va formulata mediante indicazione di una *“percentuale sul volume d'affari di cui al successivo punto 8.1”*, riferito, appunto al *“corrispettivo della concessione”* (punto 6.3 del bando).

Dunque, entrambi i documenti convergono nel prevedere che la percentuale (nella misura minima del 3%) vada applicata sul canone minimo annuale ammontante ad €. 24.000,00; in ogni caso la parte appellante non chiarisce in che modo la predeterminazione (con criteri asseritamente diversi) del valore della base di gara possa avere inciso sulle attività di valutazione delle offerte tecniche.

2.13. A ciò deve aggiungersi che, nella vicenda procedimentale per cui è causa, alla valutazione della commissione era assoggettato unicamente il dato progettuale e non anche l'offerta economica (la cui ponderazione era affidata ad un formula matematica - cfr. punto 6 del bando, pag. 4): tale peculiare connotazione della procedura di gara che, di fatto, ha ridotto il perimetro delle attività proprie della commissione ex art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, si disvela idonea a dequotare ulteriormente la validità della doglianza di parte ricorrente.

2.14. Per tutto quanto esposto, il motivo in esame non può trovare accoglimento.

3. Con il secondo motivo di ricorso, Del.Ga ha lamentato la violazione dell'art. 95 comma 8, d.lgs. 50/2016, per omessa indicazione dei criteri motivazionali cui la commissione si sarebbe dovuta attenere per la valutazione delle offerte.

3.1. La censura prende in esame specifici parametri valutativi, ed in particolare:

- la voce a4) *“servizio prenotazione delle prestazioni specialistiche (FarmaCUP) presso strutture AUSL”*, per la quale il disciplinare prevedeva un punteggio massimo di 5 punti.

Il punteggio attribuito all'offerta dell'appellante (che pure prevedeva l'attivazione del servizio) è stato pari a punti 1,665, mentre il maggior punteggio (5) assegnato alla aggiudicataria è stato giustificato dal fatto che la relativa offerta specificava la modalità di prenotazione *“anche per telefono”*. La società appellante lamenta tuttavia come tale elemento non fosse previsto nel disciplinare e non fosse assoggettato a specifici parametri di valutazione;

- in relazione alla voce, a6) *“accesso a servizi offerti dalla AUSL”*, la differenza di punteggio

(5,000 per l'aggiudicataria e 0.625 per la ricorrente) ha privilegiato l'offerta della Didasko per aver proposto un totem informatizzato attraverso il quale accedere ai servizi AUSL. Anche qui si deduce da parte appellante che in nessun passaggio del disciplinare era prevista la valutazione di tale elemento e che, comunque, il requisito in questione – in quanto riguardante i sistemi informatici software e non hardware – non avrebbe consentito la valutazione della tipologia di dispositivo (totem) proposto dalla Didasko;

- per la voce b1) "*Apertura in ulteriore fascia oraria rispetto a quella prevista*", il disciplinare richiedeva l'indicazione dei giorni e delle fasce orarie di ampliamento, attribuendo un punteggio massimo premiale sino a 3 punti, ovvero sino a 6 punti per offerte ampliative oltre due giorni la settimana.

La ricorrente ha offerto un orario esteso dal lunedì al venerdì dalle 7.30 alle 20.00 senza interruzione alcuna; e dalle 7.30 alle 13.30 nella giornata di sabato. Quindi, avendo offerto la deroga all'orario standard per più di due giorni alla settimana e non essendo previsto nel disciplinare alcun parametro per valutare ulteriori incrementi di apertura oraria, la commissione non avrebbe potuto attribuire alla sola Didasko il massimo del punteggio;

- in relazione all'elemento e) "*proposte di progetti di integrazione tra i servizi della farmacia ed i servizi sociali del Comune*", l'aggiudicataria ha ottenuto 4 punti e la ricorrente 0,800. La differenza di punteggio (3,2) relativa a tale componente dell'offerta sarebbe totalmente ingiustificata perché anche nell'offerta dell'appellante è stata prevista una serie articolata di servizi aggiuntivi (quali il pagamento delle rette scolastiche, il rilascio di certificati anagrafici) ed il disciplinare di gara non aveva predeterminato a monte gli aspetti tecnici e i parametri ponderali in base ai quali detti aspetti sarebbero stati specificamente valutati.

3.2. La censura non pare cogliere nel segno, in alcuno dei rilievi in essa contenuti.

Occorre premettere che il criterio selettivo previsto nel bando era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che 70 punti su 100 erano attribuiti al progetto tecnico.

Ciò posto, il parametro a4) prevedeva un punteggio premiale di max 5 punti e non dettagliava i possibili contenuti del servizio di prenotazione delle prestazioni specialistiche: le due circostanze lasciano intendere che l'offerta - lungi dal doversi limitare alla predisposizione di contenuti conformi a quelli richiesti dalla stazione appaltante - avrebbe dovuto declinare le specifiche modalità del servizio proposto, in relazione alle quali sarebbe stato successivamente graduato il punteggio.

Analoghe considerazioni possono esprimersi con riguardo al parametro e), essendo anche questo inteso a premiare (con un punteggio graduabile sino ad una soglia massima) gli elementi integrativi del servizio rimessi alla differenziata elaborazione progettuale dei concorrenti.

La modalità di prenotazione telefonica rientrava nel novero delle modalità qualitative associabili al servizio di prenotazione ed alle quali poteva essere rapportata la ponderazione dell'offerta.

Anche in relazione al parametro a6), non si rinvenivano indizi per sospettare di irragionevolezza la valutazione formulata dall'amministrazione ed equivalenti le proposte tecniche poste a confronto, essendone evidentemente diversi i contenuti; né la parte appellante offre elementi per ritenere illogico il giudizio discrezionale espresso dalla commissione.

La parte appellante si limita a lamentare che il disciplinare non avrebbe previsto l'installazione di hardware del tipo offerto dalla aggiudicataria (un totem all'interno della farmacia), ma la predisposizione di soli strumenti software.

Tuttavia, la formulazione della voce in questione (*"accesso a servizi offerti dalla AUSL"*) non sembra evidenziare i contenuti limitativi che la parte appellante intende attribuirle; e, comunque, un sistema informatico che permetta l'accesso a servizi AUSL (refertazione, cartelle cliniche, uso appropriato dei farmaci, etc...) può essere fruibile in loco dall'utenza proprio attraverso un qualche tipo di interfaccia di tipo hardware. Tale è il totem, senza il quale l'elemento migliorativo dell'offerta risulterebbe vano.

In relazione al parametro b1) è sufficiente osservare che la deroga all'orario standard per più di due giorni alla settimana non comportava l'automatica attribuzione del punteggio massimo di 6 punti, ma individuava la soglia minima per accedere ad una soglia di punteggio premiale graduabile sino a 6 punti. Quindi, l'elemento minimo comune alle due offerte (cioè il fatto che entrambe le concorrenti avessero indicato la deroga all'orario standard per più di due giorni alla settimana) non comprova che le valutazioni delle stesse dovessero essere equivalenti.

A ciò aggiungasi che la Didasko ha offerto l'apertura nei giorni di lunedì, mercoledì, venerdì e domenica dalle 8 alle 20; e nei giorni di martedì, giovedì e sabato dalle 8 alle 22; mentre l'appellante ha offerto l'apertura dal lunedì al venerdì dalle 7.30 alle 20 e il sabato dalle 7.30 alle 13.30. Dunque, la proposta dell'aggiudicataria è risultata oggettivamente superiore.

3.3. Il motivo di appello risulta infondato anche nella parte intesa a segnalare l'assenza di un'articolazione sistematica dei subcriteri di valutazione delle voci dell'offerta e la conseguente impossibilità di controllare la logicità e la congruità delle valutazioni della commissione oltre che di prevedere, da parte dell'offerente, quali migliorie avrebbero oggettivamente influito sul punteggio. Ed invero, tutte le voci in contestazione si riferiscono a parametri di contenuto elementare e intuitivo, in quanto basati su fattori meramente quantitativi (b1); o su varianti tecniche del tutto coerenti con la tipologia del servizio richiesto (la modalità della prenotazione è essenziale nella definizione del *"servizio di prenotazione delle prestazioni"* – a4; e altrettanto dicasi con riguardo ai dispositivi tecnici attraverso i quali è possibile l'*"accesso a servizi offerti dalla AUSL"* – a6).

Ciò posto, se si tiene conto della relativa semplicità tecnologica e operativa dell'appalto in oggetto, deve ritenersi che risultasse agevole per i concorrenti comprendere quali fossero gli elementi apprezzabili dell'offerta e la portata applicativa dei criteri valutativi; in una parola, a cosa si sarebbe potuto e dovuto attribuire rilevanza nel valutare soluzioni e attrezzature offerte.

Al contempo, il bando ha ripartito il punteggio tecnico per subcriteri sufficientemente analitici,

ad ognuno dei quali è stato associato un proporzionato limite di punteggio massimo, in modo da modulare la valutazione delle offerte in gara su un ampio e dettagliato ventaglio di parametri valutativi. Dunque, anche sotto questo profilo la metodologia del confronto a coppie risulta essere stata correttamente applicata.

L'elemento e) risultava di contenuto indeterminato in quanto riferito alle proposte migliorative e, quindi, naturalmente rimesso alla libera progettualità dei concorrenti. In ogni caso, anche laddove si intendesse la sua generica formulazione non appropriata alla specifica tipologia di metodo di valutazione delle offerte (il cd. confronto a coppie), la differenza di punteggio tra le due offerte ad esso riconducibile (pari a 3,8 punti) non riuscirebbe a colmare il divario di punteggio complessivo registrato tra le due offerte tecniche (pari a 22,08 punti) e, quindi, a superare la prova di resistenza.

4. Con il terzo motivo, l'odierna appellante ha censurato la condotta dell'amministrazione nella parte in cui ha concluso positivamente la valutazione dell'anomalia dell'offerta riferita alla farmacia n. 21, valorizzando i giustificativi prodotti per la concessione della farmacia n. 17 (oggetto di una procedura di gara parallela ma distinta).

A suo dire, la differenza dei valori tra le due procedure (il canone offerto al Comune per la farmacia n. 17 è inferiore del 2% e di circa 104.500 euro) non avrebbe potuto consentire la tecnica della motivazione *per relationem* ed avrebbe reso necessari approfondimenti ulteriori, essendo diverso il quadro economico finanziario oggetto di valutazione nei due procedimenti.

4.1. Il motivo non può essere accolto, per le seguenti ragioni.

In punto di fatto va premesso che i giustificativi prodotti per la procedura di affidamento della farmacia n. 17 hanno avuto il seguente oggetto:

*i)* il bilancio della società relativo all'anno 2016; *ii)* il modello IVA per il 2016; *iii)* la scheda spesa per punti di progetto; *iv)* il "Cash flow" della società relativo all'anno 2016.

L'amministrazione ha chiesto alla Didasko i giustificativi anche nella procedura n. 21 e, con nota prot. 36656/2017, la controinteressata ha comunicato che i giustificativi sarebbero stati identici a quelli prodotti per la farmacia n. 17. Con la relazione prot. 38869 del 27.7.2017, allegata al verbale del 24.7.2017, il RUP, dott.ssa Messina, ha ritenuto tali giustificativi congrui perché entrambe le concessioni "*presentano un alto grado di analogia*". La stazione appaltante, in istruttoria, ha quindi acquisito i dati già offerti dalla controinteressata per la procedura parallela e li ha valutati positivamente, da un lato, dando atto che entrambe le concessioni "*presentano un alto grado di analogia*"; e, dall'altro, facendo riferimento al giudizio positivo già espresso per la procedura oggetto di richiamo.

4.2. Ciò posto, la parte appellante, nella prospettazione delle circostanze di fatto, omette di considerare che la valutazione unitaria delle offerte riferite alle due procedure è stata motivata dalla allegazione da parte della aggiudicataria delle medesima documentazione giustificativa; dunque, il richiamo agli esiti della valutazione espressa nella procedura parallela (relativa alla farmacia n. 17), era conseguente alla condivisione dell'apparato giustificativo sul quale

entrambi i procedimenti di verifica dell'anomalia si erano fondati.

In più, l'appellante non offre alcuna prova della inattendibilità dell'offerta presentata dalla società controinteressata, né della incongruenza della documentazione offerta a giustificazione per l'altra gara; ed il solo fatto che le due procedure divergessero per una parte dei valori finanziari non dimostra che gli elementi giustificativi offerti non fossero idonei a comprovare la congruità dell'offerta.

5. Con il quarto motivo di appello, la ricorrente ha osservato che:

- per la consegna dei farmaci a domicilio nell'offerta della Didasko era prevista una unità di personale da assumere, vale a dire un "*addetto magazzino e consegna farmaci con contratto full time 38 H*";

- la consegna dei farmaci a domicilio era prevista come criterio di valutazione dell'offerta (premiabile con massimo 5 punti);

- nella verifica della anomalia dell'offerta la figura dell'addetto magazzino e consegna farmaci con contratto full time 38 H è stata eliminata per espressa ed incontestata dichiarazione dell'aggiudicataria;

- la stazione appaltante non ha considerato che, senza un soggetto addetto a ciò dedicato, il servizio offerto non avrebbe potuto essere effettivamente espletato, così come articolato per 38 ore alla settimana.

5.1. La censura è inconferente. La giustificazione resa nel procedimento di verifica dell'anomalia ha introdotto una variante rispetto al contenuto dell'offerta tecnica, che le stesse parti resistenti non negano. È altresì vero che la proposta tecnica è quella che vincola l'offerente ad un certo contenuto prestazionale, così come è noto che le giustificazioni rese in sede di procedimento di verifica di anomalia non devono alterare i contenuti essenziali dell'offerta.

5.2. Dunque, se la variazione introdotta può assumere rilevanza ai fini della valutazione della anomalia dell'offerta, essa non può alterare i contenuti prestazionali ai quali la parte offerente si è oramai vincolata.

5.3. Ciò posto, importa considerare che la parte appellante non offre alcun elemento per dimostrare che la variazione introdotta abbia influito sul giudizio di congruità dell'offerta e, quindi, alterato l'equilibrio economico della stessa, il che rende la censura non concludente. In altri termini, se il motivo di doglianza è indirizzato (come effettivamente è) a contestare la sostenibilità economica della proposta tecnica, occorre che di tale assunto di fornisca dimostrazione, non potendosi ricavare prova dal solo fatto che le giustificazioni hanno contraddetto il contenuto dell'offerta tecnica.

6. Per tutto quanto esposto, l'appello deve essere integralmente respinto.

7. Stante la natura delle questioni sollevate e la sussistenza di divergenze interpretative sul primo profilo di doglianza, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE Giovanni Pescatore Franco Frattini

IL SEGRETARIO