

## **L'eventuale incompatibilità dei membri della commissione di gara deve essere provata concretamente, caso per caso.**

*di Marco Natoli*

*Data di pubblicazione: 13-3-2019*

*- La norma contenuta nell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 può essere interpretata, come ha fatto il primo giudice, nel senso che l'eventuale incompatibilità debba essere comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al R.U.P. ed alla Commissione.*

*- Anche a seguire un'interpretazione rigorosa dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, potrebbe al più determinarsi la preclusione al conferimento dell'incarico di responsabile dell'esecuzione in capo a chi ha fatto parte della Commissione di gara, ma non certo la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solamente in una fase successiva le funzioni di responsabile dell'esecuzione.*

### **Guida alla lettura**

La sentenza in argomento affronta la tematica della delicata funzione che il Responsabile unico del procedimento svolge nell'ambito di una procedura di gara.

La questione assume un duplice rilievo:a) sotto il profilo della portata della disposizione prevista dall'art.77, comma 4, del d.lgs. 50/2016;b) sui risvolti e sulle connessioni che sussistono sempre, nell'ambito della stessa procedura competitiva,tra diritto amministrativo e diritto civile.

La pronuncia *de qua* afferma che la preliminare fase di operatività della Commissione potrebbe essere oggetto di potenziali conflitti di interesse e di incompatibilità dei medesimi componenti. Tale fase deve essere individuata nell'ambito dello *spatium deliberandi* della stessa Commissione, caratterizzato dalla difesa di primari interessi pubblici, e nel rispetto, *in primis*, dei principi della trasparenza,della tutela della concorrenza e del *favor participationis*.

Tale ultimo principio viene evocato espressamente dal Supremo Consesso il quale esclude la preclusione all'assunzione delle funzioni di commissario nei confronti di chi, in una successiva

fase, sarà nominato responsabile dell'esecuzione.

Nella fattispecie in esame il Consiglio di Stato, nel richiamare la necessità di una verifica preventiva dell'esistenza di eventuali casi di incompatibilità nelle situazioni concrete, accoglie un approccio *prudentermente positivo*, in quanto il R.U.P. interessato non aveva partecipato precedentemente alla predisposizione degli atti di gara.

A tal proposito la Sezione evidenzia come sia stata sempre controversa l'interpretazione del suindicato art.77, comma 4, del codice degli appalti, avallando, la stessa Sezione, la soluzione fornita dal competente tribunale amministrativo regionale.

Sul punto il Collegio focalizza principalmente l'attenzione, rimarcando la necessità che l'appellante avrebbe dovuto provare, già innanzi al giudice di prime cure, l'esistenza di possibili e concreti condizionamenti. In particolare se *“il R.U.P. non ha anche predisposto gli atti di gara, redatti da altra unità organizzativa dell'Amministrazione, e peraltro riproduttivi della lex specialis delle precedenti procedure per l'affidamento del medesimo servizio, la soluzione del quesito appare al Collegio che possa essere prudentermente positiva. La norma contenuta nell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 può infatti essere interpretata, come ha fatto il primo giudice, nel senso che l'eventuale incompatibilità debba essere comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al R.U.P. ed alla Commissione. Ha condivisibilmente sottolineato la sentenza che «sarebbe stato onere della ricorrente fornire precisi elementi di prova sull'esistenza di possibili e concreti condizionamenti, del componente in questione, in relazione all'attività di RUP»; al contrario, nessuna contestazione è stata svolta, se non marginalmente, e comunque tardivamente, con la memoria depositata in data 5 luglio 2018, ai punteggi attribuiti dalla Commissione alle offerte tecniche, in base al coefficiente ponderale previsto per ciascun criterio”*.

A tal proposito il Collegio giustifica le proprie conclusioni, rimarcando la coerenza di quanto disciplinato dal sopra indicato art.77, comma 4, del d.lgs.50/2016. Infatti *“il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. Il che conferma l'assunto secondo cui il ruolo di R.U.P. con le funzioni di presidente o componente della Commissione è precluso allorchè sussista la concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6082)”*.

Peraltro l'evoluzione interpretativa compiuta dalla Sezione, ed in particolare nell'ambito della successiva fase esecutiva, investe anche la situazione in cui si dovesse accogliere un *approccio più rigoroso* del suddetto articolo; in special modo, come nel caso in argomento, con riguardo alle ragioni di incompatibilità connesse eventualmente ad un incarico ottenuto in una fase antecedente a quella a cui si riferiscono i fatti.

*Ed infatti – precisa il Collegio- non è possibile riferire le ragioni di incompatibilità ad un incarico anteriore nel tempo alle preclusioni che deriveranno solamente dall’assunzione di un incarico posteriore; si intende dire che, anche a seguire un’interpretazione rigorosa dell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, potrebbe al più determinarsi la preclusione al conferimento dell’incarico di responsabile dell’esecuzione in capo a chi ha fatto parte della Commissione di gara, ma non certo la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solamente in una fase successiva le funzioni di responsabile dell’esecuzione (in termini Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 819)”.*

Pubblicato il 27/02/2019

**N. 01387/2019REG.PROV.COLL.**

**N. 02487/2018 REG.RIC.**

**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 2487 del 2018, proposto da:  
Società Cooperativa Culture, in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con la cooperativa sociale Labirinto *onlus*, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Andrea Grazzini, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

***contro***

Comune di Pesaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Mariangela Bressanelli, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Andrea Galvani in Roma, via Salaria n. 95;

***nei confronti***

Le Macchine Celibi società coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Fornasari e Cristina Rimondi, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Fornasari in Bologna, viale Aldini, 88;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00007/2018, resa tra le parti, concernente l'impugnativa :

a) della determina dirigenziale n. 2082 del 10 agosto 2017, con la quale il Comune di Pesaro ha approvato la proposta di aggiudicazione del "servizio di gestione dei servizi bibliotecari della biblioteca San Giovanni e delle Biblioteche di Quartiere del Comune di Pesaro per il periodo dal 1/07/2017 al 31/12/2018" alla Cooperativa sociale Le Macchine Celibi;

b) della nota del 22 agosto 2017, con la quale la Dirigente del Servizio Cultura e Promozione del Territorio del Comune di Pesaro ha comunicato al RTI ricorrente Società Cooperativa Culture l'avvenuta aggiudicazione del servizio in favore de Le Macchine Celibi;

c) di tutti i verbali di gara (dal n. 1 al n. 5), anche nella parte in cui recepiscono il giudizio di congruità positivo sull'offerta presentata dalla Macchine Celibi, procedendosi alla proposta di aggiudicazione;

d) degli atti del procedimento di verifica di congruità a cura del Responsabile Unico del Procedimento;

e) *in parte qua*, del bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale R.I. - V serie speciale n. 26 del 3 marzo 2017; del disciplinare di gara; del capitolato speciale di appalto;

f) del Regolamento contratti del Comune di Pesaro approvato con deliberazione di C. C. n.128 /2016; modificato con deliberazione di C.C. n. 60/2017, ed in particolare dell'art. 14 nella parte in cui regola le modalità di nomina della Commissione giudicatrice, nonché della determina dirigenziale del 4 aprile 2017, n. 775, con cui l'Amministrazione comunale ha nominato la commissione giudicatrice (richiamati in tutti i verbali di gara impugnati);

g) della determinazione n. 2715 del 13 ottobre 2017, pubblicata sull'Albo del Comune il 19 ottobre 2017, recante "ampliamento del servizio di gestione dei servizi bibliotecari ai sensi dell'art. 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" con la quale l'Amministrazione comunale ha approvato, in favore di Le Macchine Celibi, "un aumento dei servizi bibliotecari della Biblioteca di San Giovanni e delle biblioteche di quartiere, per far fronte fino al 31 dicembre 2017 alle varie iniziative natalizie che si andranno a programmare e che possono comportare un amento di aperture delle stesse, per una spesa complessiva di euro 19.876,00 = iva esente ai sensi dell'art. 10, c. 1, n. 22 del d.P.R. n. 633/2017";

h) di ogni altro atto o provvedimento comunque connesso e/o presupposto e/o consequenziale ai precedenti, ancorché ignoto alle ricorrenti ed in particolare della determina di stipulazione del contratto (ignota alle appellanti), nonché del contratto di appalto, ove nelle more stipulato

con Cooperativa Le Macchine Celibi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pesaro e de Le Macchine Celibi Soc. Coop. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Grazzini Andrea, Bressanelli Mariangela, Fornasari Andrea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- Il R.T.I. con mandataria la società Cooperativa Culture ha interposto appello nei confronti della sentenza 2 gennaio 2018, n. 7 del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, sez. I, che ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, rispettivamente esperiti avverso la determina dirigenziale in data 10 agosto 2017 con la quale il Comune di Pesaro ha approvato la proposta di aggiudicazione del “servizio di gestione dei servizi bibliotecari della biblioteca San Giovanni e delle biblioteche di quartiere del Comune di Pesaro per il periodo dall’1/07/2017 al 31/12/2018” alla cooperativa sociale Le Macchine Celibi, la successiva aggiudicazione comunicata con nota del 22 agosto, il bando di gara, il regolamento contratti del Comune di Pesaro (di cui alla deliberazione consiliare n. 128 del 2016) con particolare riguardo all’art. 14 relativo alle modalità di nomina della Commissione giudicatrice, la determina dirigenziale n. 775 del 4 aprile 2017, di nomina della Commissione stessa, ed avverso la determinazione del 13 ottobre 2017 di “ampliamento dei servizi di gestione” (successivamente revocata).

Si tratta della procedura aperta per l’affidamento dei servizi bibliotecari, con importo a base di gara di euro 690.000,00, regolata dal criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ove settanta punti sono attribuiti all’offerta tecnica.

Alla procedura hanno partecipato il raggruppamento appellante, secondo graduato con punti 81,495, e la società Macchine Celibi, la cui offerta ha conseguito, all’esito della riparametrazione, cento punti su cento, e, dopo la verifica di anomalia, è risultata aggiudicataria.

Con il ricorso in primo grado il R.T.I. società cooperativa Culture ha dedotto l’illegittimità dell’aggiudicazione per anomalie procedurali, in particolare afferenti la composizione della

Commissione giudicatrice, anche nella prospettiva del cumulo di funzioni, anche quella di presidente della Commissione giudicatrice, tra loro asseritamente incompatibili, in capo ad un unico funzionario della stazione appaltante (la dott.ssa Paola Nonni), ed all'anomalia dell'offerta aggiudicataria indicante un costo del lavoro inferiore ai minimi tabellari del Ministero del Lavoro.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso sia con riguardo alle doglianze sulla composizione della Commissione giudicatrice (esaminando tanto la posizione del presidente, che quella degli altri due componenti), sia con riferimento alla pretesa anomalia dell'offerta, dando poi atto della sopravvenuta carenza di interesse in ordine ai motivi aggiunti rivolti avverso la determinazione n. 2715 in data 13 ottobre 2017, revocata con successiva determinazione n. 3395 del 30 novembre 2017.

3.- Con il ricorso in appello il raggruppamento Coopculture ha dedotto l'erroneità della sentenza reiterando, alla stregua di critica della sentenza del primo giudice, i motivi del ricorso introduttivo svolti nei confronti della composizione della Commissione giudicatrice e dell'anomalia dell'offerta.

4. - Si è costituito in resistenza il Comune di Pesaro eccependo l'inammissibilità per carenza di interesse e comunque l'infondatezza nel merito dell'appello.

5. - Si è altresì costituita in resistenza la società cooperativa a r.l. Le Macchine Celibi puntualmente controdeducendo ai motivi di appello e chiedendone la reiezione.

6.- All'udienza pubblica del 19 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Deve essere anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso in appello per carenza di interesse, svolta dall'Amministrazione appellata nella considerazione che l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara deve essere qualificato dalla dimostrazione di ragionevoli e concrete possibilità di conseguire l'utilità richiesta, e cioè di risultare primo graduato.

Ed infatti l'interesse all'appello, anche a prescindere da ogni altro profilo, appare evidente in considerazione del fatto che alla procedura hanno partecipato solo due concorrenti, con la conseguenza che l'accoglimento del motivo sull'anomalia comporterebbe l'aggiudicazione in favore del raggruppamento Coopculture.

2. - Procedendo alla disamina del merito, con il primo motivo di appello viene criticata la sentenza deducendosi la illegittima commistione, *melius* concentrazione di tutti i ruoli procedurali in capo alla medesima persona, in violazione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, e poi anche l'incompatibilità di un altro componente della Commissione. In particolare; sotto il primo profilo, si deduce l'incompatibilità assoluta del presidente della Commissione, in quanto è lo stesso soggetto che ha approvato gli atti di gara, presieduto la Commissione, svolto la verifica di anomalia dell'offerta, che ha la qualifica di R.U.P., di

dirigente del Servizio Cultura (ed in tale veste ha stipulato il contratto), e dunque anche superiore gerarchico degli altri due componenti della Commissione, appartenenti alla stessa Unità operativa (la dott.ssa Ena quale responsabile dell'U.O. Servizi Culturali, la dott.ssa Melini quale referente delle iniziative culturali); sotto il secondo profilo, è stata contestata l'incompatibilità (anche in questo caso in violazione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016) della dott.ssa Ena ad essere designata quale responsabile per la fase esecutiva, avendo ricoperto la funzione di membro della Commissione di gara.

Il complesso motivo, nonostante la sua problematicità, va respinto.

Dibattuta è stata la questione interpretativa dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo anteriore alla novella), inerente il quesito se possa svolgere le funzioni di presidente della Commissione (come avveniva nel vigore del previgente art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006) anche il R.U.P.

Nella fattispecie in esame, nella quale il R.U.P. non ha anche predisposto gli atti di gara, redatti da altra unità organizzativa dell'Amministrazione, e peraltro riproduttivi della *lex specialis* delle precedenti procedure per l'affidamento del medesimo servizio, la soluzione del quesito appare al Collegio che possa essere prudentemente positiva.

La norma contenuta nell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 può infatti essere interpretata, come ha fatto il primo giudice, nel senso che l'eventuale incompatibilità debba essere comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al R.U.P. ed alla Commissione. Ha condivisibilmente sottolineato la sentenza che «*sarebbe stato onere della ricorrente fornire precisi elementi di prova sull'esistenza di possibili e concreti condizionamenti, del componente in questione, in relazione all'attività di RUP*»; al contrario, nessuna contestazione è stata svolta, se non marginalmente, e comunque tardivamente, con la memoria depositata in data 5 luglio 2018, ai punteggi attribuiti dalla Commissione alle offerte tecniche, in base al coefficiente ponderale previsto per ciascun criterio.

Del resto, il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. Il che conferma l'assunto secondo cui il ruolo di R.U.P. con le funzioni di presidente o componente della Commissione è precluso allorchè sussista la concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

Quanto al rapporto tra il presidente della Commissione ed i due membri, non può parlarsi certamente di una dipendenza giuridica, non essendo ravvisabile un rapporto di gerarchia all'interno degli uffici pubblici e comunque risultando le dott.sse Melini ed Ena titolari di un incarico di posizione organizzativa, caratterizzato da maggiore autonomia.

2.1. - Infondato è anche il sub-motivo sull'incompatibilità della dott.ssa Ena, chiamata a svolgere le funzioni di responsabile del procedimento per la fase esecutiva.

Ed infatti non è possibile riferire le ragioni di incompatibilità ad un incarico anteriore nel tempo alle preclusioni che deriveranno solamente dall'assunzione di un incarico posteriore; si intende dire che, anche a seguire un'interpretazione rigorosa dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, potrebbe al più determinarsi la preclusione al conferimento dell'incarico di responsabile dell'esecuzione in capo a chi ha fatto parte della Commissione di gara, ma non certo la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solamente in una fase successiva le funzioni di responsabile dell'esecuzione (in termini Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 819).

3. - Il secondo motivo di appello critica poi la sentenza di prime cure per la inadeguatezza/contraddittorietà del corredo motivazionale in ordine alla denunciata anomalia dell'offerta de Le Macchine Celibi, con specifico riguardo alla mancata previsione degli scatti biennali di anzianità lavorativa, alla riduzione dei costi relativi agli oneri aggiuntivi, previdenziali ed assistenziali, elementi, tutti, refluenti sui trattamenti salariali minimi per i lavoratori impiegati nell'esecuzione del servizio, come emerge dallo scostamento dell'offerta dai valori tabellari ministeriali (per un importo complessivo di euro 47.740,00).

Anche tale motivo è infondato.

Come condivisibilmente ritenuto dalla sentenza appellata, le giustificazioni rese dalla società Le Macchine Celibi possono ritenersi adeguate, in considerazione della durata inferiore al biennio del servizio ed anche del fatto che l'inquadramento del personale è stato condiviso dalle organizzazioni sindacali ed ha portato all'inquadramento del personale nel quinto livello del C.C.N.L. multiservizi.

Secondo la costante giurisprudenza, il giudizio finalizzato alla verifica dell'attendibilità e della serietà dell'offerta ha natura globale e sintetica, dovendo risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti dell'offerta, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse comporta l'inaffidabilità complessiva dell'offerta (Cons. Stato, VI, 3 dicembre 2018, n. 6838). Il giudizio sull'anomalia dell'offerta costituisce espressione di una valutazione tecnica riservata all'Amministrazione ed è dunque insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza, non ravvisabili nel caso concreto.

A conferma di quanto esposto, giova aggiungere che nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6689).

4. - Le ragioni ora esposte inducono a disattendere anche il terzo motivo di appello, con il



quale si deduce un ulteriore profilo di incongruità dell'offerta, ravvisato nella previsione, da parte dell'offerta aggiudicataria, di un significativo numero di ore supplementari, con costo inferiore alle ore ordinarie, ma caratterizzate da un certo indice di aleatorietà, essendo rimesse in parte alla scelta del lavoratore, incidente sull'erogazione dei servizi richiesti dall'Amministrazione.

Le ore supplementari attengono infatti alle migliorie proposte nell'offerta tecnica, così che l'eventuale loro incongruità non sarebbe idonea a privare di attendibilità complessiva l'offerta aggiudicataria.

In ogni caso, le migliorie (nel cui ambito sono incluse le ore aggiuntive) hanno una incidenza di soli cinque sui settanta previsti per l'offerta tecnica, sì da risultare ininfluenti anche nella prospettiva dell'eventuale riparametrazione dei punteggi.

5. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

Sussistono tuttavia le ragioni previste dalla legge, in ragione della natura delle questioni trattate, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**  
**Roberto Giovagnoli**

IL SEGRETARIO