

# Composizione della commissione giudicatrice e tutela dell'imparzialità quale esplicazione del corretto agere pubblico

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 24-2-2021

*Ratio dell'impedimento di cui all'art. 77, comma 4 d.lgs. n. 50/2016 consiste nell'evitare ogni forma di commistione o sovrapposizione di ruoli, competenze e funzioni all'interno della procedura evidenziale, anche in assenza di specifiche, concrete ed assorbenti situazioni di incompatibilità per ragioni di ordine personale e di prevenire, con ciò, il pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti 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. Tra le ipotesi di incompatibilità disciplinate dalla prescrizione di legge figurano, allora, situazioni in cui l'incarico di commissario è assunto da soggetti chiamati ad esercitare funzioni "attive" nell'ambito della stessa gara (responsabile unico del procedimento, soggetti che abbiano materialmente partecipato alla redazione degli atti di gara, dirigente del settore interessato chiamato ad effettuare verifiche formali sul contenuto dei medesimi atti e simili), laddove la mera appartenenza all'organico della stazione appaltante e il connesso svolgimento delle ordinarie mansioni richieste dal proprio ruolo sono, invece, da considerarsi del tutto irrilevanti.*

## Guida alla lettura

Con pronuncia dello scorso 5 gennaio la V Sezione del Consiglio di Stato si è interrogata in relazione alla **ratio dell'impedimento di cui all'art. 77, comma 4 d.lgs. n. 50/2016**, al riguardo sostenendo che essa consiste nell' **"evitare ogni forma di commistione o sovrapposizione di ruoli, competenze e funzioni all'interno della procedura evidenziale, anche in assenza di specifiche, concrete ed assorbenti situazioni di incompatibilità per ragioni di ordine personale e di prevenire, con ciò, il pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti 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"**(cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13).

Il principio espresso si fonda su di una precisa analisi del testo normativo di cui al richiamato **art. 77 cod. appalti** che **prescrive, in relazione ai componenti delle commissioni giudicatrici cui** – nelle procedure di appalto o di concessione da aggiudicare

con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – **deve essere affidata “la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico”**, un requisito di **carattere positivo** (deve, infatti, trattarsi di “*esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*”) e **quattro preclusioni di carattere negativo** (rispettivamente ancorate: a) allo svolgimento, attuale o pregresso, di alcuna “*funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*” - art. 77, comma 4; b) al rivestimento, nel biennio antecedente all'indizione della procedura, di “*cariche di pubblico amministratore*”, relativamente ai contratti da aggiudicarsi dalle amministrazioni destinatarie delle funzioni di istituto - art. 77, comma 5; c) alla sussistenza di ragioni di incompatibilità o di conflitto di interesse - art. 77, comma 6, prima parte; d) alla sussistenza di responsabilità penale, accertata con sentenza non sospesa, a titolo di dolo o di colpa, in relazione alla approvazione, nella qualità, di atti illegittimi - art. 77, comma 6, seconda parte).

**La disposizione**, dunque, già sul piano testuale **si riferisce al solo “contratto del cui affidamento si tratta”**: dovendosi, con ogni evidenza, **escludere un problema di “conflitto” per commissari che gestiscano o abbiano, a vario titolo, gestito, distinte e autonome procedure evidenziali**.

Nel caso oggetto di attenzione da parte dei Giudici amministrativi, invece, l'appellata sentenza ha dedotto l'incompatibilità di due dei tre commissari designati dalla circostanza che l'attività di questi ultimi, in qualità di funzionari dell'Ufficio Visti del Consolato, aveva avuto ad oggetto “*il contratto precedente*” a quello oggetto di affidamento: in particolare, a determinare l'incompatibilità non sarebbe stato “*il singolo contratto*”, ma “*il tipo di servizio (di concessione dei visti)*”, nel senso che “*lo svolgimento dell'incarico tecnico e amministrativo all'Ufficio Visti - evidentemente connesso al contratto di esternalizzazione per il rilascio dei visti di ingresso - [sarebbe stato di per sé] di ostacolo ad una valutazione oggettiva delle offerte*”.

Si tratta, è evidente, di un **indebito ampliamento *in malam partem* del novero degli incarichi e delle funzioni da cui scaturisce l'incompatibilità all'assunzione del ruolo di commissario di gara**, tenuto conto che **la disposizione va considerata di stretta interpretazione, come tutte quelle che prevedono cause di incompatibilità** (così Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557; *Id.*, 14 gennaio 2019, n. 283; Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2019, n. 4035).

Inoltre, **anche a voler richiamare la posizione giurisprudenziale sorta sotto la vigenza dell'abrogato art. 84, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163** - che costituisce il diretto antecedente del più volte citato art. 77 d.lgs. n. 50/2016 - **le conclusioni sarebbero le medesime**. È dato leggere, infatti, che **la preclusione di cui all'art. 84 cod. contr. pubblici “si riferisce ad una specifica attività svolta con riguardo al contratto da stipularsi in esito alla gara in parola”** e che la stessa **“non può che valere che per i soggetti che abbiano avuto incarichi con riferimento al medesimo contratto”**, mirando infatti a garantire “*l'imparzialità dei commissari di gara che avessero svolto incarichi relativi al medesimo appalto, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2014, n. 5441; Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2012, n.

3682).

Tra le ipotesi di incompatibilità disciplinate dalla prescrizione di legge figurano, allora, situazioni in cui l'incarico di commissario è assunto da soggetti chiamati ad esercitare funzioni "attive" nell'ambito della stessa gara (responsabile unico del procedimento, soggetti che abbiano materialmente partecipato alla redazione degli atti di gara, dirigente del settore interessato chiamato ad effettuare verifiche formali sul contenuto dei medesimi atti e simili), laddove la mera appartenenza all'organico della stazione appaltante e il connesso svolgimento delle ordinarie mansioni richieste dal proprio ruolo sono, invece, da considerarsi del tutto irrilevanti.

**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 2657 del 2020, proposto da Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Vf Worldwide Holdings Ltd., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Feroletto, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

***nei confronti***

Tls Group s.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, alla piazza San Bernardo, 101;

Tls Contact Processing Service Limited, non costituita in giudizio;

***per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, sez. III, n. 1942/2020, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tls Group s.a. e di Vf Worldwide Holdings Ltd.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2020 il Cons. Giovanni Grasso e preso atto della richiesta di passaggio in decisione degli avvocati Feroletto, Cancrini, Vagnucci e dell'avvocato dello Stato Ranucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- Con determina a contrarre n. 137 e pedissequo bando in data 14 febbraio 2019, il Consolato Generale d'Italia a Lagos (Nigeria) indiceva una procedura evidenziale finalizzata alla *"esternalizzazione di servizi relativi allo svolgimento di attività connesse al rilascio dei visti di ingresso in Italia"*.

Al termine della gara, risultava prima graduata la ditta TLS Group s.a., che aveva ottenuto il miglior punteggio, cui veniva aggiudicato il contratto con determina n. 2/2009.

La società VF Worldwide Holdings Ltd., seconda classificata e precedente gestore del servizio, impugnava, con rituale ricorso dinanzi al TAR per il Lazio, il provvedimento di aggiudicazione e tutti i verbali di gara, chiedendone, in via cautelare, la sospensione dell'efficacia.

In pendenza di lite, il Consolato Generale d'Italia a Lagos, rilevata la presenza di un errore materiale nel predetto provvedimento di aggiudicazione, lo rettificava, con decreto n. 4 in data 22.7.2019, *"nella parte in cui [era stato] affidato l'appalto alla sede locale della TLS, che [doveva, perciò, intendersi] affidato all'operatore economico TLS Group S.A. con sede legale in Rue du Kiem L8030 Strassen (Lussemburgo)"*.

Tale decreto di rettifica veniva gravato dalla VF Worldwide Holdings, Ltd. con motivi aggiunti, con i quali lamentava plurimi vizi della procedura, e, in particolare, l'illegittimità della composizione della Commissione aggiudicatrice e la formulazione dei punteggi effettuata.

2.- Nel contraddittorio delle parti, con sentenza n. 1942/2020 del 12 febbraio 2020, il giudice adito, dichiarata l'improcedibilità del ricorso principale, accoglieva il ricorso per motivi aggiunti, annullando, per l'effetto, gli atti impugnati.

Avverso la sentenza insorge, con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, che ne lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia e ne invoca l'integrale riforma.

Si sono costituiti in giudizio l'aggiudicataria TLS Group s.a. (che ha proposto, con convergente tratto critico, appello incidentale autonomo) e VF Worldwide Holdings, Ltd., che resiste ad

entrambi i gravami.

Alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2020, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

## DIRITTO

- 1.- Gli appelli, proposti in via principale ed incidentale autonoma, sono fondati e vanno accolti.
- 2.- Con unico motivo, essi lamentano violazione e falsa applicazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs n. 50 del 2016.

In effetti, la sentenza impugnata ha accolto il ricorso condividendo la censura di incompatibilità di due dei tre membri della Commissione, in ragione delle funzioni svolte in seno all'Ufficio Visti del Consolato: incompatibilità basata, in particolare, sulla circostanza che i due Commissari esercitavano, ed avevano esercitato in passato, *“responsabilità gestionali”* relativamente al contratto da affidare, in quanto incaricati dell'interlocuzione per conto del Consolato italiano con gli affidatari del servizio di *outsourcing* oggetto dell'affidamento”.

In sostanza, per la sentenza, essendo i due funzionari preposti all'ufficio incaricato di sovrintendere all'esecuzione del servizio di rilascio dei visti (periodicamente esternalizzato dal Consolato) ed avendo perciò, nell'ordinario adempimento delle mansioni, inevitabilmente intrattenuto rapporti con la concessionaria uscente (ossia la seconda classificata VFS), la nomina di questi a membri della Commissione si sarebbe tradotta in violazione del disposto di cui all'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, così come ripreso dal d.m. 2 novembre 2017, n. 192 (*“Regolamento recante le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*).

- 3.- Il motivo è fondato.

L'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016 prescrive, in relazione ai componenti delle commissioni giudicatrici cui – nelle procedure di appalto o di concessione da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – deve essere affidata *“la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico”*, un requisito di carattere positivo (deve, infatti, trattarsi di *“esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”*, e quattro preclusioni di carattere negativo, rispettivamente ancorate: a) allo svolgimento, attuale o pregresso, di alcuna *“funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”* (art. 77, comma 4); b) al rivestimento, nel biennio antecedente all'indizione della procedura, di *“cariche di pubblico amministratore”*, relativamente ai contratti da aggiudicarsi dalle amministrazioni destinatarie delle funzioni di istituto (art. 77, comma 5); c) alla sussistenza di ragioni di incompatibilità o di conflitto di interesse (art. 77, comma 6, prima parte); d) alla sussistenza di responsabilità penale, accertata con sentenza non sospesa, a titolo di dolo o di colpa, in relazione alla approvazione, nella qualità, di atti illegittimi (art. 77, comma 6, seconda parte).

In particolare, la *ratio* dell'impedimento di cui all'art. 77, comma 4, è di evitare ogni forma di commistione o sovrapposizione di ruoli, competenze e funzioni all'interno della procedura evidenziale, anche in assenza di specifiche, concrete ed assorbenti situazioni di incompatibilità per ragioni di ordine personale e di prevenire, con ciò, il pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti 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 (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 7 maggio 2013, n. 13).

Si giustifica, perciò, che la norma (che è di stretta interpretazione, come tutte quelle che prevedono cause di incompatibilità: cfr. Cons. Stato, V, 5 novembre 2019, n. 7557; Id., 14 gennaio 2019, n. 283; Id, III, 17 giugno 2019, n. 4035) si riferisca – già sul piano testuale – al solo “*contratto del cui affidamento si tratta*”: dovendosi, con ogni evidenza, escludere un problema di “conflitto” per commissari che gestiscano o abbiano, a vario titolo, gestito, distinte ed autonome procedure evidenziali.

Nel caso di specie, l'appellata sentenza ha dedotto l'incompatibilità di due dei tre commissari designati dalla circostanza che l'attività di questi ultimi, in qualità di funzionari dell'Ufficio Visti del Consolato, aveva avuto ad oggetto “*il contratto precedente*” a quello oggetto di affidamento: in particolare, a determinare l'incompatibilità non sarebbe stato “*il singolo contratto*”, ma “*il tipo di servizio (di concessione dei visti)*”, nel senso che “*lo svolgimento dell'incarico tecnico e amministrativo all'Ufficio Visti - evidentemente connesso al contratto di esternalizzazione per il rilascio dei visti di ingresso - [sarebbe stato di per sé] di ostacolo ad una valutazione oggettiva delle offerte*”.

Si tratta, è evidente, di un indebito ampliamento *in malam partem* del novero degli incarichi e delle funzioni da cui scaturisce l'incompatibilità all'assunzione del ruolo di commissario di gara. La giurisprudenza ha, invero, chiarito – in relazione alla analoga previsione dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che costituisce il diretto antecedente della norma in esame - che la preclusione “*si riferisce ad una specifica attività svolta con riguardo al contratto da stipularsi in esito alla gara in parola*” e che la stessa “*non può che valere che per i soggetti che abbiano avuto incarichi con riferimento al medesimo contratto*”, mirando infatti a garantire “*l'imparzialità dei commissari di gara che avessero svolto incarichi relativi al medesimo appalto, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti*” (cfr. Cons. Stato, V, 4 novembre 2014, n. 5441; Id., VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; Id., V, 22 giugno 2012, n. 3682).

Tra le ipotesi di incompatibilità figurano, allora, situazioni in cui l'incarico di commissario è assunto da soggetti chiamati ad esercitare funzioni “*attive*” nell'ambito della stessa gara (responsabile unico del procedimento, soggetti che abbiano materialmente partecipato alla redazione degli atti di gara, dirigente del settore interessato chiamato ad effettuare verifiche formali sul contenuto dei medesimi atti e simili), laddove la mera appartenenza all'organico della stazione appaltante e il connesso svolgimento delle ordinarie mansioni richieste dal proprio ruolo sono irrilevanti.

4.- Le esposte considerazioni rendono palese, di là da ogni altro rilievo, l'erroneità della

decisione impugnata, che merita, perciò, di essere riformata.

5.- Occorre, a questo punto, procedere alla disamina delle ragioni di doglianza rimaste assorbite in prime cure, che l'appellata ha devolutivamente reiterato, ai sensi dell'art. 101, comma 2 Cod. proc. amm..

6.- Sotto un primo profilo, l'appellata lamenta violazione dell'art. 32, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 10 del disciplinare di gara, in ordine alla irrivalenza della "rettifica" operata dalla stazione appaltante in ordine alla individuazione della società aggiudicataria (in un primo tempo individuata nella TLS Contact Processing Services Ltd, filiale nigeriana interamente controllata dalla TLS Group s.a., in luogo di quest'ultima): tale svista, a dire dell'appellata, avrebbe avuto "*portata invalidante*" e avrebbe, per ciò, dovuto indurre l'Amministrazione a procedere non già ad una mera rettifica, ma all'avvio di un "*procedimento di riesame della precedente decisione*".

6.1.- Il motivo, prima che infondato, è inammissibile.

La sentenza impugnata, nel dichiarare improcedibile il ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, si è pronunciato ritenendo soddisfacente la pronta rettifica operata dal Consolato con il decreto n. 4/2019 e, dunque, insussistenti gli addebiti mossi dall'appellata avverso il decreto n. 2/2019: per l'effetto, ogni eventuale doglianza sul punto avrebbe dovuto essere affidata ad appello incidentale, non potendo la mera devoluzione impedire la formazione del giudicato interno sul punto.

In ogni caso, non è inutile soggiungere, nel merito, che la circostanza che l'operatore economico che aveva preso parte (risultando aggiudicatario) alla gara per cui è causa fosse TLS Group s.a. (e non già la filiale nigeriana TLS Contact Processing Services Ltd, erroneamente indicata nella prima determina) emerge *ictu oculi* dalla documentazione di gara, a cominciare dalla domanda di partecipazione e di formalizzazione dell'offerta, nonché dai verbali di gara: la correzione dell'errore materiale rappresentava, perciò, all'evidenza, una mera rettifica e non una modificazione degli esiti della procedura.

7.- Con distinta doglianza, l'appellata si duole che l'esame dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e l'attribuzione dei relativi punteggi siano avvenuti in modo illogico ed irragionevole, ed abbiano avuto l'effetto di penalizzarla ingiustamente, essendo state trascurate le superiori qualità del proprio servizio, che avrebbero dovuto indurre (con particolare e specifico riguardo alle voci relative alla "*precedente esperienza*", alla "*organizzazione del servizio*", alle "*infrastrutture*", al "*personale addetto*" e alle "*proposte migliorative*") alla attribuzione di punteggi superiori alla propria offerta, con conseguente aspettativa di aggiudicazione a proprio favore.

Più in dettaglio, essa lamenta, in concreto: a) che la valutazione dell'esperienza pregressa (relativamente ai servizi espletati in paesi "*ad alto rischio*" di immigrazione clandestina) si fonderebbe su dati erronei e falsati, laddove il criterio del "*rischio di corruzione*", parimenti valorizzato in proprio danno, non troverebbe riscontro nella documentazione di gara; b) che, pur avendo proposto un più ampio "*orario di apertura*", avrebbe inspiegabilmente ottenuto, in

relazione alla relativa voce, un punteggio minore della controinteressata aggiudicataria; c) che eguale disparità di valutazione sarebbe stata operata relativamente al punteggio relativo alle “*infrastrutture*” (segnatamente, locali) messi a disposizione per l’effettuazione del servizio, che avrebbero dovuto comparativamente premiare la propria proposta; d) che, anche relativamente al “*personale*”, l’attribuzione del massimo punteggio all’aggiudicataria sarebbe stata priva di senso logico, in quanto caratterizzata da uno *staff* meno consistente del proprio e composto da dipendenti di madrelingua in numero inferiore; e) che anche relativamente alle “*esenzioni*” e alla “*promozione immagine Paese*” (rientranti tra le voci migliorative della proposta), la valutazione sarebbe risultata disparitaria ed ingiustificata.

7.1.- Osserva il Collegio che, per consolidata giurisprudenza, rientra nella valutazione del giudice amministrativo, relativamente alle valutazioni tecniche formulate ai fini della attribuzione dei punteggi alle offerte presentate in una gara pubblica, il vaglio dell’attendibilità delle valutazioni tecniche eseguite dalla stazione appaltante: ciò al fine di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con utilizzo delle regole conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza; ma senza – per il principio di separazione dei poteri – sostituirsi a questa negli apprezzamenti di merito. Sicché, a fronte dei giudizi “*tecnici*” espressi dalla commissione, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia macroscopiche irrazionalità o incongruenze, né palesi illogicità o travisamenti (cfr, tra le tante, Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 279): invero, un sindacato che si spingesse fino a “*rivalutare*” nel merito le valutazioni effettuate avrebbe natura sostitutiva, esorbitando dai tassativi casi sanciti dall’art. 134 Cod. proc. amm., fatto salvo il limite della abnormità ed irrazionalità della scelta tecnica (cfr. Cons. Stato, V, 8 gennaio 2019, n. 173).

Ciò posto, alla luce delle emergenze documentali e del confronto dialettico tra le parti, deve dirsi che le riassunte doglianze non sono tali da fare emergere – in quanto fondate su un motivato apprezzamento, voce per voce, del tenore delle singole offerte – manifesti errori di apprezzamento o palesi profili di irragionevolezza, astrattamente idonei a ridurre, in modo apprezzabile, il significativo divario tra il punteggio tecnico delle contrapposte proposte negoziali. Ne discende la complessiva inammissibilità del motivo.

8.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l’appello (principale) del Ministero degli affari esteri e quello (incidentale autonomo) di TLS Group s.a. vanno accolti e, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado deve essere respinto.

La peculiarità della fattispecie giustifica l’integrale compensazione, tra le parti costituite, delle spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposto, li accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.



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