

Cumulo di funzioni nella procedura di gara e (in)compatibilità relative

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 24-2-2021

L'aver il r.u.p. adottato l'avviso pubblico, come pure l'atto di proroga dei termini per la presentazione delle istanze e la nomina della commissione, non costituiscono di per sé ragioni di condizionamento tali da indurre a ritenere incompatibile il cumulo delle funzioni precluso nella procedura de qua.

Guida alla lettura

Con la pronuncia dello scorso 7 gennaio la V Sezione del Consiglio di Stato torna sulla questione **della nomina del r.u.p. a membro o presidente di una commissione giudicatrice nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento di una commessa pubblica.**

Al riguardo, i Giudici richiamano la posizione ormai consolidata nella giurisprudenza amministrativa secondo la quale **è da escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni, risultando, invece, indispensabile procedere ad una valutazione caso per caso che tenga conto dell'esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento**, con la necessaria precisazione per la quale né l'una né l'altra può desumersi dal fatto che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, ribaltandosi altrimenti il rapporto tra principio generale ed eccezione, in quanto spettanti al r.u.p. normalmente gli atti della procedura (così Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082, secondo cui *“l'aggiunta apportata all'[art. 77, comma 4](#), del codice dei contratti pubblici (“La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”) costituisce null'altro che il recepimento legislativo di un orientamento formatosi già nella vigenza del precedente codice”*; negli stessi termini, più di recente, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2019, n. 5308; *Id.*, 14 gennaio 2019, n. 283).

Con particolare riferimento al caso oggetto di vaglio da parte della Corte, si afferma che: *“L'aver il r.u.p. adottato l'avviso pubblico, come pure l'atto di proroga dei termini per la presentazione delle istanze e la nomina della commissione, non costituiscono di per sé ragioni di condizionamento tali da indurre a ritenere incompatibile il cumulo delle funzioni precluso nella procedura de qua”*.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8141 del 2019, proposto da Comune di Portici, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

contro

Associazione Iniziative Sociali Seguimi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Perpetua, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Consorzio per la Formazione e la Comunicazione Multimediale Focom – Shannara Cooperativa Sociale Onlus, ciascuno in persona del proprio legale rappresentante in carica, rappresentati e difesi dall'avvocato Eduardo De Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Terza, n. 03620/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Associazione Iniziative Sociali Seguimi, che ha spiegato anche appello incidentale, del Consorzio per la Formazione e la Comunicazione Multimediale Focom e di Shannara Cooperativa Sociale Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2020 il Cons. Federico Di Matteo e data la presenza degli avvocati Lorenzo Lentini, Eduardo De Ruggiero e Tommaso Perpetua;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Regione Campania, con decreto dirigenziale 22 giugno 2018, n. 191, approvava l'avviso pubblico per la conclusione di "I.T.I.A. – Intese territoriali di inclusione attiva" con soggetti del territorio campano finalizzate alla realizzazione di Centri territoriali di inclusione per la realizzazione delle tre Azioni di: A) Servizi di supporto alle famiglie; B) Percorsi di *empowerment*; C) Tirocini finalizzati all'inclusione sociale.

I soggetti beneficiari erano individuati (all'art. 3 dell'allegato A dell'avviso) in partenariati, a loro volta costituiti dagli "Ambiti territoriali della Campania", come definiti nella delibera di Giunta regionale n. 320/2012 con il ruolo di capofila, da soggetti del terzo settore come definiti ai sensi del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 iscritti ai registri regionali o nazionali, da soggetti accreditati ai sensi della delibera giuntale n. 242/2013; da soggetti promotori di tirocini finalizzati all'inclusione sociale (di cui all'art. 25 Reg. regionale 2 aprile 2010, n. 9), da istituti scolastici e sindacati di lavoratori e infine da associazioni datoriali di categoria.

Era previsto che il partenariato, nel quale la presenza dei primi tre soggetti era obbligatoria, fosse composto da un numero minimo di quattro soggetti fino ad un massimo di sei (*"Ai fini della partecipazione al presente Avviso, ciascun partenariato deve, a pena di esclusione: - prevedere la presenza obbligatoria dell'Ambito territoriale di Riferimento in qualità di soggetto capofila (...); - essere composto da un numero minimo di 4 ad un massimo di 6 soggetti, individuati tra quelli sopra elencati, in funzione delle attività che si intendono porre in essere"*) e che ciascuno di essi potesse presentare una sola proposta progettuale.

1.2. Il Comune di Portici, costituente l'ambito territoriale campano n. 11 ai sensi della delibera di Giunta n. 320 del 2012, con decreto dirigenziale 6 luglio 2018, n. 628 indicava una *"manifestazione di interesse finalizzata alla costituzione di un partenariato per la co-progettazione e la realizzazione degli interventi previsti dall'avviso regionale I.T.I.A. – Intese territoriali di inclusione attiva"*; al punto 7 (*Partenariato di progetto e modalità di svolgimento della procedura di selezione*) era previsto che: *"Il partenariato, come stabilito dall'Avviso regionale I.T.I.A., dovrà essere composto da un minimo di 4 ad un massimo di 6 soggetti (...). A motivo di ciò, qualora i soggetti indicati al precedente art. 5 dovessero essere in numero superiore a quello consentito, si effettuerà una scelta che terrà conto della valutazione delle esperienze e dei curricula degli operatori dei soggetti che manifestano l'interesse a partecipare a questo avviso, sulla base dei criteri sottoelencati (...)"*; seguiva una tabella con i criteri di valutazione e i punti previsti per ciascuno di essi.

Con determinazione dirigenziale 7 settembre 2018, n. 860 detto ente approvava la graduatoria finale e costituiva il partenariato con i soggetti utilmente collocati ai primi cinque posti: in particolare, unitamente al Comune, ne facevano parte la Cooperativa sociale Onlus Seme di Pace, Netcon s.r.l., Ambiente Solidale soc. coop. Onlus, Cooperativa sociale Shannara, Consorzio per la Formazione e la Comunicazione Multimediale Focom.

Il 4 ottobre 2018, pochi giorni prima del termine stabilito per l'inoltro del progetto alla Regione,

la Ambiente solidale soc. coop. Onlus comunicava la sua rinuncia alla partecipazione al partenariato; di tanto, giusta determinazione dirigenziale 4 ottobre 2018, n. 1000, il Comune di Portici prendeva atto, modificando la composizione del partenariato che risultava pertanto composto di quattro operatori e dal Comune stesso.

Il progetto, tempestivamente trasmesso alla Regione Campania, veniva da questa approvato con decreto dirigenziale 10 aprile 2019, n. 98 per un importo di € 778.000,00.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania la A.I.S. - Associazione Iniziative Sociali Seguimi, che aveva manifestato il proprio interesse a partecipare al partenariato ma era risultata in posizione non utile (sesto posto) per l'ammissione, impugnava gli atti della procedura sulla base di otto motivi di ricorso integrati da motivi aggiunti.

In particolare, la ricorrente lamentava:

- violazione dell'art. 32 d. lgs. n. 50 del 2016 (e dell'art. 3 l. n. 241 del 1990; difetto di motivazione, eccesso di potere, sviamento), per aver la Cooperativa sociale Shannara, il Consorzio per la Formazione e la Comunicazione Multimediale Focom e la Lega Regionale delle Cooperative, presentato un'unica domanda di partecipazione alla gara, assunta al protocollo comunale con n. 48894 del 20.07.2018, in contrasto con il principio di unicità dell'offerta stabilito dall'art. 32, comma 4, d. lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale ciascun partecipante non può presentare più di un'offerta, cui consegue il divieto di presentare un'unica domanda di partecipazione da parte di più soggetti aventi distinta personalità giuridica sia pure contenente distinte offerte, ognuna delle quali riconducibile ad uno di essi;

- violazione del codice dei contratti pubblici (e dell'art. 3 l. n. 241 del 1990; difetto di motivazione, eccesso di potere, sviamento) nella parte in cui prevede il principio di analitica valutazione delle offerte, posto che dalla lettura del verbale del 4.09.2018 non sarebbe stato comprensibile il momento in cui si era proceduto all'esame delle offerte tecniche e gli accorgimenti utilizzati per preservare l'integrità dei plichi e impedire la manomissione della documentazione ivi contenuta;

- violazione dell'art. 95 d. lgs. n. 50 del 2016 (dell'art. 3 l. n. 241 del 1990; difetto di motivazione, eccesso di potere, sviamento) per la mancata indicazione nell'avviso pubblico delle modalità di valutazione delle offerte dei concorrenti e successiva attribuzione dei punteggi;

- violazione sotto altro profilo dell'art. 95 d. lgs. n. 50 del 2016 (dell'art. 3 l. n. 241 del 1990; difetto di motivazione, eccesso di potere, sviamento) per aver la commissione di gara, secondo quanto emergeva dal relativo verbale, illegittimamente provveduto, nella seduta del 4.09.2018, cioè dopo l'apertura delle buste contenenti la documentazione, alla specificazione, *rectius* indicazione, dei relativi criteri valutativi;

- illegittimità derivata degli atti della procedura, ivi compresa la determinazione di approvazione della graduatoria e di ammissione dei concorrenti al partenariato, dovuta ad incompletezza del bando ed alla mancata indicazione dei criteri di attribuzione dei punteggi;

- violazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990 (difetto di motivazione; eccesso di potere; sviamento) per aver previsto, all'art. 7 dell'avviso, che il partenariato dovesse essere composto da un minimo di 4 a un massimo di 6 soggetti, ma aver poi ammesso al partenariato solo cinque soggetti, senza dar conto delle ragioni della scelta di costituire il partenariato con un numero di soggetti inferiore a quello previsto dall'avviso come numero massimo, e per non aver poi, con la successiva determinazione dirigenziale n. 1000 del 4 ottobre 2018, nel prendere atto della rinuncia di Ambiente Solidale cooperativa Sociale Onlus ed aggiornare la graduatoria dei soggetti ammessi al partenariato, operato lo scorrimento della graduatoria, sebbene, in ragione della predetta rinuncia, si fosse determinata la riduzione degli operatori al di sotto del numero (di cinque) già ammessi dalla stessa amministrazione;

- violazione dell'art. 77 d. lgs. n. 50 del 2016 (eccesso di potere per sviamento), per aver conferito il ruolo di Presidente della commissione di gara al R.u.p. – responsabile unico del procedimento, che aveva provveduto alla adozione degli atti di gara, ivi compreso l'avviso pubblico del 5 luglio 2018 e i successivi atti con cui erano stati prorogati i termini per la presentazione delle offerte e nominata la stessa Commissione;

- violazione dell'art. 29 d. lgs. n. 50 del 2016 (eccesso di potere per sviamento) in quanto, come il verbale della seduta del 22 agosto 2018, in cui erano stati ammessi i concorrenti a partecipare alla gara, non era stato pubblicato nelle forme stabilite dall'art. 29 del d.lgs. 50 del 2016, con ulteriore violazione dei principi di trasparenza, con conseguente impedimento a verificare la legittimità degli atti e a contestare l'ammissione degli altri concorrenti prima della conclusione della gara.

2.1. Resistenti il Comune di Portici e, quali controinteressate, la Cooperativa sociale Onlus Seme di pace, Netcon s.r.l., Coop. sociale Shannara e il Consorzio di Formazione e Comunicazione Multimediale Focom, il tribunale adito con la sentenza indicata in epigrafe accoglieva il ricorso.

Riteneva infatti fondato il motivo di ricorso (il sesto come integrato dal quarto motivo aggiunto) con il quale la ricorrente aveva lamentato la sua estromissione dal partenariato senza specifica motivazione, anche a seguito della rinuncia di uno dei soggetti originariamente ammessi; secondo il tribunale, l'amministrazione comunale, già in sede di prima costituzione del partenariato, era tenuta a dar conto delle ragioni della scelta di formare un partenariato con un numero di soggetti inferiore a quello massimo ammesso dall'avviso (ossia, con cinque e non con sei), tanto più che la domanda della ricorrente era stata valutata positivamente quanto a completezza della documentazione e possesso dei requisiti; la motivazione peraltro era ancor più necessaria per giustificare il mancato scorrimento della graduatoria, quando, per la rinuncia di uno degli originari componenti, il partenariato si era ridotto ad un numero di partecipanti inferiore anche a quello originariamente deciso dall'amministrazione (quattro anziché cinque).

2.2. Gli altri motivi di ricorso, esaminati per esigenza di completezza del sindacato in prospettiva di riedizione del potere, erano ritenuti infondati. In particolare, riteneva il tribunale che:

- i tre concorrenti, Cooperativa sociale Shannara, Consorzio per la formazione e la

comunicazione multimediale Focom e Lega regionale delle Cooperative, non avessero violato il divieto di unicità dell'offerta, avendo ciascuna di esse presentato una propria manifestazione di interesse, singolarmente esaminata dall'amministrazione comunale, che ad ognuna aveva attribuito un distinto punteggio (prova ne era che una di esse, la Lega regionale delle Cooperative risultava essere stata esclusa dalla graduatoria); neppure, poi, poteva ravvisarsi una "situazione di controllo" tra le tre partecipanti;

- l'avviso pubblico, dopo aver precisato che i partecipanti al partenariato sarebbero stati selezionati in base al *curriculum*, specificava i criteri per la valutazione dell'esperienza maturata dai concorrenti, richiamando *"le esperienze pregresse nello specifico settore ricompreso in una delle tre azioni previste dall'Avviso medesimo, il possesso di certificazione, il gruppo di lavoro"*;

- poteva il r.u.p. assumere il ruolo di presidente della commissione di gara alla luce della nuova formulazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 (in seguito alla modifica intervenuta ad opera dell'art. 46, comma 1, lett. d) d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), secondo cui l'opportunità della nomina del r.u.p. a membro delle commissioni va valutata con riguardo alla singola procedura, salvo che in concreto sussista una effettiva situazione di incompatibilità tra i due ruoli.

3. Propone appello il Comune di Portici; si è costituita l'A.I.S. – Associazione Iniziative Sociali Seguimi che ha proposto appello incidentale nonché la Cooperativa sociale Shannara e il Consorzio per la Formazione e la Comunicazione Multimediale Focom con unico atto difensivo.

Il Comune di Portici e le controinteressate hanno presentato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui hanno replicato il Comune e l'appellata.

All'udienza pubblica del 15 ottobre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Comune di Portici propone un unico motivo di appello con il quale censura la sentenza per *"Error in iudicando – Violazione di legge (art. 3 l. 241/1990) – Violazione art. 3 avviso regionale I.t.i.a. ed art. 7 avviso comunale di manifestazione di interesse I.T.I.A. – travisamento"*: il giudice avrebbe dato un'erronea lettura della disciplina regionale che consentiva la costituzione di partenariati composti dal numero massimo di sei soggetti, uno dei quali era necessariamente l'ambito territoriale di riferimento; il Comune di Portici, pertanto, nell'ammettere al partenariato i cinque operatori meglio collocati in graduatoria, aveva esaurito i posti disponibili per i privati e l'esclusione del sesto (operatore) non necessitava di alcuna specifica motivazione in quanto diretta conseguenza delle regole regionali.

Quanto al mancato scorrimento della graduatoria (ovvero all'assenza di motivazione a giustificazione della scelta di non procedere allo scorrimento), evidenzia l'appellante che, conclusa la procedura (di raccolta delle manifestazioni di interesse) con la determinazione dirigenziale di approvazione della graduatoria finale, il partenariato era definitivamente

costituito nella formazione sancita nel provvedimento comunale e poteva concorrere al bando di finanziamento regionale.

Delle successive vicende, ai sensi della delibera n. 890 del 2019, solo l'eventuale verifica negativa dei requisiti dichiarati poteva dar luogo alla sostituzione di uno dei componenti; ciò per due ragioni: in quanto la mancata comprova del requisito dichiarato in sede di gara alterava il confronto concorrenziale e poteva giustificare lo scorrimento e, in secondo luogo, in ragione dei tempi ristretti di partecipazione imposti dall'avviso regionale che sarebbero stati di certo superati se fosse stata consentita la sostituzione di uno dei partecipanti in caso di rinuncia.

2. Il motivo è fondato.

2.1. Effettivamente il Comune di Portici ha previsto la costituzione del partenariato con il numero massimo di soggetti consentiti dalla disciplina regionale, vale a dire cinque operatori dei servizi sociali, dovendo riservare a sé il sesto posto giusta la previsione dell'art. 3 dell'avviso regionale, relativo ai beneficiari del finanziamento, nel quale era indicato quale componente necessario del partenariato l'ambito territoriale come definito dalla delibera di Giunta regionale n. 320 del 2012, ovvero, nel caso di specie, lo stesso Comune di Portici.

L'esclusione del sesto operatore collocato nella graduatoria conclusiva della procedura di raccolta delle manifestazioni di interesse, pertanto, non necessitava di motivazione, essendo diretta conseguenza delle modalità di costituzione del partenariato previste in ambito regionale.

2.2. Una volta costituito il partenariato (in seguito all'approvazione della graduatoria e, dunque, con la determinazione 7 settembre 2018, n. 860), poteva dirsi conclusa la vicenda amministrativa gestita dal Comune e diretta proprio alla formazione di un partenariato che potesse partecipare con un proprio progetto all'avviso pubblico di finanziamento adottato dalla Regione Campania.

Le vicende successive alla costituzione del partenariato – ivi compresa il venir meno di uno dei suoi componenti per qualsivoglia ragione – riguarda il partenariato stesso e la sua sorte, ma non comportava il riesercizio da parte del Comune, potere/funzione ormai consumatosi con la formazione del partenariato.

Insomma successivamente alla costituzione del partenariato non v'era più alcuna graduatoria da cui poter attingere operatori in sostituzione di quelli venuti meno con l'aggiunta che se fosse venuto meno del numero minimo dei componenti del partenariato non si sarebbe verificato altro effetto che il suo scioglimento; ipotesi, all'evidenza, sempre evitabile qualora restasse vigente ed efficace l'originaria graduatoria.

Il Comune non avrebbe potuto rideterminarsi circa la composizione del partenariato a seguito del venir meno per rinuncia di uno degli originari partecipanti, mediante scorrimento della graduatoria, per aver esaurito il potere; ciò emerge chiaramente ove si confronti la vicenda in esame con quanto avviene nel caso di concorso pubblico: in tal caso il potere esercitato è

diretto a coprire tutti i posti messi a concorso e non è consumato – salvo la scadenza della graduatoria – fino a quando non v'è integrale copertura, per cui, in caso di rinuncia di uno dei vincitori, è consentito all'amministrazione procedere allo scorrimento di una graduatoria per sostituire il rinunciante con altro idoneo a copertura del posto rimasto vacante.

2.3. La determinazione dirigenziale 4 ottobre 2018, n. 1000 era in effetti soltanto la mera presa d'atto della rinuncia della Ambiente solidale cooperativa sociale Onlus con conseguente modifica, in ragione di tale evenienza, della composizione iniziale del partenariato.

La sentenza di primo grado va pertanto riformata e deve essere respinto il sesto del ricorso introduttivo del giudizio, come integrato dai motivi aggiunti.

3. Vanno esaminati i motivi dell'appello incidentale proposto dall'A.I.S. – Associazione Iniziative Sociali Seguimi Onlus.

4. Con il primo motivo la sentenza è censurata per *“Error in iudicando – violazione e falsa applicazione art. 32, 48 e 80 d.lgs. 50 del 30.04.2016 – Violazione del principio della par condicio – eccesso di potere – sviamento”*: diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado i tre concorrenti Cooperativa sociale Shannara, Consorzio per la Formazione e la Comunicazione Multimediale Focom e Lega regionale delle Cooperative avrebbero effettivamente violato il principio di unicità dell'offerta per il solo fatto di aver presentato un'unica istanza di partecipazione sia pur contenente, al suo interno, domande riferite a ciascuno di essi (come espressamente dato atto nel verbale del 4 settembre 2018, n. 2); le istanze delle predette concorrenti poi, non solo erano state presentate congiuntamente, ma erano anche indistinte, come ricavabile dal tenore della manifestazione di interesse presentata dalla Cooperativa Shannara del 5 novembre 2018 (a tenore della quale: *“i soggetti partecipanti (dei quali si allega modulo di domanda al B e curriculum), come indicato all'Avviso all'art. 5 sono i seguenti: a) Shannara Cooperativa sociale, in qualità di ente del terzo settore; b) Focom Formazione ... poiché quest'ultimo è in possesso dei requisiti previsti per ricoprire i due ruoli del partenariato; c) LegaCoop Campania, in qualità di Associazione datoriale di categoria”*).

Contestando l'espressa statuizione contenuta in sentenza – secondo la quale nella procedura diretta all'affidamento in partenariato di servizi ad enti del terzo settore e alle cooperative sociali – non troverebbero applicazione le disposizioni del codice dei contratti pubblici, dovendo l'amministrazione solamente condurre il procedimento selettivo nel rispetto degli ordinari principi che governano l'azione amministrativa (art. 97 Cost.: buon andamento e imparzialità e art. 1 l. n. 241 del 1990: economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza) – l'appellante rileva che il partenariato pubblico - privato in quanto disciplinato dall'art. 180 d.lgs. n. 50 del 2016 va aggiudicato in base alle disposizioni del codice dei contratti pubblici (come, peraltro, evidenziato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere 20 agosto 2018, n. 2052 in relazione alla costituzione di un partenariato pubblico – privato per la co-progettazione di servizi sociali).

Ad ogni buon conto, secondo l'appellante, il principio di unicità dell'offerta va considerato immanente ad ogni procedura comparativa in quanto preordinato a garantire l'autonomia soggettiva dei concorrenti e quindi i principi di concorrenzialità e *par condicio*.

4.1. Il motivo è infondato.

Preliminarmente va osservato che, a prescindere dall'integrale applicabilità delle disposizioni del codice dei contratti pubblici – per essere l'avviso pubblico regionale diretto alla concessione di finanziamenti sia pure finalizzati allo svolgimento di servizi sociali – è immanente ad ogni procedura comparativa la regola per la quale ciascun concorrente può presentare un'unica proposta (quale che sia il beneficio per il quale concorre) e che, di converso, debbano essere escluse le diverse proposte che risultino imputabili ad un unico centro decisionale, poiché la presentazione di più domande da parte di un soggetto giuridico unitario consente la moltiplicazione delle possibilità di rendersi beneficiario dell'utilità posta a concorso in danno degli altri partecipanti.

La giurisprudenza ha ritenuto estensibile tale regola, propria delle procedure di affidamento di appalti pubblici (art. 80, comma 5, lett. m) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), alle procedure di concessioni di finanziamento, precisando la necessità di operare inevitabili adattamenti imposti dalla diversità delle due fattispecie (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2020, n. 727 e le pronunce ivi richiamate); necessità tanto più avvertita nella vicenda *de qua* in cui la selezione dei concorrenti per la costituzione del partenariato avveniva, non sulla base di proposte o di offerte differenziate, ma esclusivamente sulla base dei *curricula* dei candidati.

Ciò posto, la sentenza di primo grado non merita critiche poiché l'appellante non ha addotto elementi probatori o anche solo indiziari tali da dimostrare la riferibilità delle proposte ad un unico centro decisionale; a tal riguardo, non è sufficiente indizio la circostanza – peraltro contestata dalla controinteressata secondo cui la Cooperativa Shannara aveva presentato la sua istanza il giorno prima delle altre due – che le candidature dei tre concorrenti siano state inviate all'amministrazione comunale congiuntamente dalla Cooperativa sociale Shannara, trattandosi di attività materiale che non implica alcuna riferibilità giuridica degli atti trasmessi a chi la compie (per cui, in sostanza, l'invio poteva essere effettuata anche da soggetto completamente estraneo alla procedura), come pure non vale ad indurre a diverso convincimento il contenuto della manifestazione di interesse della predetta Cooperativa in precedenza trascritto che si limita a dar conto di aver inoltrato (e dunque presentato) tre domande e altrettanti *curricula* riferibili a distinti candidati.

E' invece rilevante, come evidenziato dal giudice di primo grado, che le domande e i *curricula* allegati siano stati separatamente esaminati dall'amministrazione, con l'attribuzione a ciascuno di essi di un proprio punteggio che ha portato uno dei tre operatori, la Lega regionale delle cooperative, ad essere esclusa dalla graduatoria.

5. Con il secondo motivo dell'appello incidentale, lamentando "*Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione art. 95 d.lgs. 50 del 18.04.2016 – violazione falsa applicazione art. 3 l. 241 del 07.08.1990 – difetto di motivazione – eccesso di potere – sviamento*", si ribadisce che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, non sarebbe stato possibile comprendere dall'avviso pubblico del Comune di Portici sulla base di quale documentazione e di quali presupposti era stato assegnato il diverso punteggio (di sufficiente, discreto, buono e ottimo) in relazione al criterio di valutazione del "soggetto partecipante" e degli "elementi tecnico qualitativi"; tale lacuna avrebbe inficiato le valutazioni della commissione di gara non

consentendo ai concorrenti di aver contezza delle modalità con le quali le loro candidature erano state apprezzate; tanto più che, nel caso in esame, v'era una frase incompleta nell'avviso (a pag. 4 ove tra la documentazione da allegare alla manifestazione di interesse era indicata la "*designazione della/delle persona/e incaricata/e di partecipare alle attività di co-*"), onde poteva dubitarsi che di tale elemento si fosse tenuto conto in sede di attribuzione del punteggio.

Congiuntamente va esaminato anche il terzo motivo (rubricato "*Error in iudicando – violazione e falsa applicazione d.lgs. 50 del 18.04.2016 – violazione e falsa applicazione art. 3 l. 241 del 07.08.1990 – difetto di motivazione – eccesso di potere – sviamento*") col quale, premessa l'applicabilità alla procedura in esame delle norme del codice dei contratti pubblici – questione già esaminata in occasione del primo motivo dell'appello incidentale e sul quale non vi è ragione di ritornare – si assume che l'incompletezza del bando, nella parte in cui aveva posto i criteri di valutazione delle offerte, come pure la riscontrata presenza di una frase monca, avrebbe comportato l'illegittimità anche del provvedimento di approvazione della graduatoria, nella quale risultavano solo ritrascritti i punteggi attribuiti ai candidati nel verbale del 4 settembre 2018.

5.1. I motivi sono infondati.

L'avviso pubblico del Comune di Portici indicava chiaramente i criteri in base ai quali sarebbero state valutate le manifestazioni di interesse presentate dai vari operatori; si trattava dei tre criteri del "*soggetto partecipante*" – nell'ambito del quale sarebbero state apprezzate le "*Esperienze pregresse nel settore specifico ricompreso in una delle 3 Azioni previste dall'Avviso regionale I.T.I.A.*" – del "*Possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000-9001*" e, infine, degli "*Elementi tecnico qualitativi*"; alla commissione era richiesto di esprimere per il primo e il terzo un punteggio da 2 (il minimo per la sufficienza) a 10 (il massimo per l'ottima valutazione).

E' principio consolidato in giurisprudenza che qualora le regole procedurali (bando di concorso o di gara) prevedano criteri di valutazione sufficientemente dettagliati, il voto numerico è sintesi del giudizio tecnico discrezionale espresso dalla commissione che non necessita di ulteriore spiegazione perché idonea ad esprimere in maniera crescente l'apprezzamento della commissione (o del singolo commissario) per il candidato (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2019, n. 6103 ove si dà conto del dibattito giurisprudenziale in materia).

Peraltro, nel caso in esame, v'è anche la spiegazione del punteggio assegnato, poiché come emerge dal verbale del 4 settembre 2018, n. 2 – prima di procedere all'esame delle istanze di ciascun concorrente – la commissione ha specificato a quale livello di apprezzamento corrispondesse il punteggio numerico in assegnazione (così ad es. per il "*soggetto partecipante*", veniva precisato che l'assegnazione di due punti corrispondeva al caso in cui "*...il soggetto abbia maturato una limitata esperienza in una delle tre azioni previste dalla manifestazione di interesse e per la quale si propone. Un basso coinvolgimento nelle reti formali/informali del territorio inerenti sempre le aree oggetto della manifestazione di interesse. Esiguo risorse finanziarie gestite. Esiguo numero di utenti/beneficiari coinvolti nelle azioni di*

cui alla presente manifestazione di interesse” e così di seguito per gli altri punteggi).

Pertanto voler ritenere, come sostenuto dall'appellante, che le valutazioni della commissione possano essere state inficiate dalla circostanza che nell'avviso pubblico l'ultima frase riportata a pag. 4, riferita al contenuto degli allegati necessari alla manifestazione di interesse, fosse monca è privo di qualsiasi valenza logica, prima ancora che fattuale.

6. Con l'ultimo motivo di appello incidentale si contesta “*Error in iudicando – violazione e falsa applicazione art. 77 d.lg. 13.04.2016, n. 50 – Eccesso di potere – sviamento*”, sostenendosi che il giudice di primo grado avrebbe erroneamente ritenuto corretta la scelta dell'amministrazione di nominare presidente della commissione giudicatrice la r.u.p., sebbene la stessa avesse provveduto all'adozione dell'avviso pubblico del 5 luglio 2018 e dei successivi atti con i quali erano prorogati i termini di presentazione delle offerte e nominata la commissione.

6.1. Anche tale motivo è infondato.

Sulla questione della nomina del r.u.p. a membro o presidente di una commissione giudicatrice nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento di una pubblica commessa la giurisprudenza amministrativa è ormai consolidata nel senso di escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni, per essere, invece, indispensabile procedere ad una valutazione caso per caso che tenga conto dell'esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento, con la necessaria precisazione per la quale né l'una, né l'altra, può desumersi dal fatto che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, ribaltandosi altrimenti il rapporto tra principio generale ed eccezione, in quanto spettanti al r.u.p. normalmente gli atti della procedura (in tal senso Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082, secondo cui l'aggiunta apportata all'art. 77, comma 4, del codice dei contratti pubblici (“*La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*”) costituisce null'altro che il recepimento legislativo di un orientamento formatosi già nella vigenza del precedente codice; condividono l'orientamento descritto, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2019, n. 5308; 14 gennaio 2019, n. 283).

Le circostanze addotte dall'appellante – l'aver il r.u.p. adottato l'avviso pubblico, come pure l'atto di proroga dei termini per la presentazione delle istanze e la nomina della commissione – non costituiscono di per sé ragioni di condizionamento tali da indurre a ritenere incompatibile il cumulo delle funzioni precluso nella procedura *de qua*.

7. In conclusione l'appello incidentale va integralmente respinto.

8. Le peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per gli effetti, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 3620/2019, respinge integralmente il ricorso di primo grado proposto dall'A.I.S. Associazione Iniziative Solidali Seguimi Onlus; respinge l'appello incidentale.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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