

APPALTI - COMMISSIONI DI GARA - ART. 77, C. 4 D.LGS. 50/2016 - INCOMPATIBILITA' COMMISSARI - RATIO - IMPARZIALITA' DEL GIUDIZIO

L'art. 77, c. 4 del d.lgs. 50/2016, nel definire le cause di incompatibilità delle commissioni di gara, prevede una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte, a garanzia della neutralità del giudizio, tale per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2471/2020

Pubblicato il 17/04/2020

N. 02471/2020REG.PROV.COLL.

N. 05150/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 5150 del 2019, proposto da Eco Fly s.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo del costituendo R.T.I. con Porfido F.lli Pedretti s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Martinez in Roma, via Alessandria, 130;

contro

SAIE s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, piazza della Libertà, 13;

Comune di Pavia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 01064/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Saie S.r.l. e del Comune di Pavia;

Visto l'appello incidentale del Comune di Pavia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2020 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Martinez, Ferrari e Napoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il R.T.I. Eco Fly s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 13 maggio 2019, n. 1064 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, che, assorbita ogni altra domanda comprese quelle introdotte con il ricorso incidentale, ha accolto il ricorso principale di SAIE s.r.l. avverso la determinazione n. 1670 in data 25 ottobre 2018 con la quale il dirigente del Settore Servizi di Promozione Sociale, Sanità e Cimiteri del Comune di Pavia ha aggiudicato al

raggruppamento appellante la “*procedura aperta per l’affidamento della ristrutturazione, fornitura, installazione dei forni e gestione dell’impianto di cremazione comunale finalizzata alla concessione del servizio di cremazione da svolgere presso il cimitero comunale*”, nonché avverso gli atti presupposti, tra cui la determinazione (n. 45/14 del 3 marzo 2017) di nomina della Commissione giudicatrice.

La durata prevista per la concessione era di trenta anni per un investimento di euro 1.329.500,00 ed il criterio di aggiudicazione prestabilito quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di settanta punti per la qualità e trenta per il prezzo.

La procedura è stata indetta sulla base della proposta di *project financing* presentata dal R.T.I. Eco Fly s.r.l., ritenuta di pubblico interesse dalla Giunta comunale con delibera n. 149 in data 21 luglio 2016.

All’esito della gara, indetta con bando pubblicato nella G.U.R.I. il 2 dicembre 2016, il raggruppamento Eco Fly è risultato primo graduato con punti 79,34 e la società SAIE seconda con punti 72,53.

Con il ricorso in primo grado la SAIE s.r.l. ha impugnato l’aggiudicazione contestando : a) la mancata esclusione dell’offerta aggiudicataria in quanto priva dell’indicazione degli oneri della sicurezza aziendali; b) l’erronea attribuzione, da parte della Commissione giudicatrice, di alcuni punteggi alle due offerte; c) in via subordinata, la composizione della Commissione giudicatrice per violazione dell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto il presidente della stessa avrebbe redatto ed approvato la *lex specialis* e gli atti prodromici e poi nominato i commissari, in posizione di incompatibilità; d) sempre in subordine, la genericità del criterio di valutazione relativo ai “servizi aggiuntivi” ed il vizio motivazionale dei giudizi espressi al riguardo.

Il controinteressato R.T.I. Eco Fly, nel costituirsi in giudizio, ha esperito ricorso incidentale avverso l’ammissione alla gara della ricorrente principale, deducendo :

e) l'inaffidabilità dell'offerta di SAIE in quanto ambigua ed incerta; f) l'inattendibilità del PEF-piano economico finanziario presentato da SAIE con specifico riguardo al costo del personale e della manutenzione, rimasto immutato per l'arco temporale dal 2019 al 2037; g) la contraddittorietà dell'offerta di SAIE; h) l'erronea valutazione, da parte della Commissione giudicatrice, delle offerte tecniche e la conseguente viziata attribuzione dei relativi punteggi.

2. - La sentenza appellata ha accolto il terzo motivo del ricorso principale, assorbendo tutti gli altri motivi proposti con il ricorso principale e con il ricorso incidentale. Premesso che, seppure il ricorso principale chiedeva in via principale l'accoglimento del primo motivo, è stato poi dedotto con il terzo motivo un vizio afferente alla composizione della Commissione giudicatrice, siccome costituita da un soggetto asseritamente versante in condizione di incompatibilità *ex art. 77*, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha affermato che tale doglianza, attenendo alla legittimazione soggettiva dell'organo tecnico straordinariamente chiamato alla conduzione delle operazioni di gara, ed alla valutazione delle offerte, deve essere esaminata preliminarmente, a prescindere dalla volontà del ricorrente, essendo vizio assimilabile a quello di incompetenza. La sentenza ha poi ritenuto fondato il motivo in questione, risultando che il presidente della Commissione (dott. Longhetti) ha redatto la relazione tecnica di positiva valutazione del progetto del promotore, ha predisposto e sottoscritto il bando di gara ed il disciplinare, ha nominato la Commissione giudicatrice redigendo la determinazione 3 marzo 2017, che lo individuava come presidente e responsabile dell'esecuzione del contratto, in violazione con quanto disposto dall'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, il cui fondamento di razionalità è ravvisabile nella garanzia dell'indipendenza ed imparzialità dei commissari. Ha dunque ritenuto che *«si è in presenza di un presidente della commissione giudicatrice cui sono imputabili non già, o non solo, attività istruttorie o di materiale predisposizione di relazioni o documenti, bensì la gran parte delle manifestazioni di*

volontà giuridicamente imputabili all'Amministrazione comunale ed afferenti alla procedura concorsuale de qua agitur». La sentenza ha ulteriormente chiarito che la disposizione transitoria di cui all'art. 77, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 afferisce al *modus* di scelta da parte della stazione appaltante dei membri della Commissione, ma non afferisce ai requisiti soggettivi di legittimazione dei commissari.

3.- Con l'appello il R.T.I. Eco Fly s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza per non avere rilevato l'inammissibilità del terzo motivo del ricorso principale (concernente l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice) alla luce del ricorso incidentale dallo stesso raggruppamento esperito, che avrebbe dovuto essere esaminato preliminarmente; tale scrutinio, determinando l'esclusione della SAIE s.r.l. per l'ambiguità dell'offerta e l'inattendibilità del PEF, farebbe venire meno l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara (comportante un nuovo esame delle offerte) con una diversa Commissione. Ha dunque chiesto la riforma della sentenza con preliminare esame del ricorso incidentale di primo grado, di cui vengono reiterati i motivi escludenti, assorbiti dalla sentenza di primo grado.

4. - Si è costituita in resistenza la SAIE s.r.l. chiedendo la reiezione del ricorso in appello e riproponendo, in via subordinata, i motivi assorbiti dalla sentenza, volti a contestare l'ammissione dell'offerta del raggruppamento appellante, l'erroneità del punteggio allo stesso attribuito, nonché la genericità del bando in ordine ai "servizi aggiuntivi a titolo gratuito".

5.- Si è costituito in giudizio anche il Comune di Pavia che ha chiesto la riforma della sentenza ed ha proposto appello incidentale, deducendo l'erroneità della medesima per violazione del combinato disposto degli artt. 77, comma 12, e 216, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 8, comma 8, del regolamento per la disciplina dei contratti del Comune di Pavia, nell'assunto che non era applicabile alla fattispecie controversa l'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 e che nella fase transitoria di approvazione dell'albo ANAC dei commissari

l'incompatibilità accertata dal primo giudice non si estende al presidente della Commissione giudicatrice.

5. - All'udienza pubblica del 30 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-L'appello principale deduce, come primo motivo, il tema dell'*ordo quaestionum*, ovvero dell'ordine dei motivi da trattare, allegando che il giudice di prime cure avrebbe dovuto preliminarmente esaminare il ricorso incidentale escludente del raggruppamento Eco Fly, il cui accoglimento avrebbe comportato l'esclusione della società SAIE, facendo in tale modo venire meno l'interesse meramente strumentale di quest'ultima alla disamina ed all'accoglimento del terzo motivo del ricorso principale di primo grado, in quanto alcuna utilità avrebbe potuto ritrarre dalla ripetizione della gara con altra Commissione giudicatrice.

Il motivo è infondato.

Secondo le coordinate ermeneutiche fornite dalla decisione di Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, nel giudizio amministrativo, se il provvedimento è affetto dai vizi di incompetenza o di erronea composizione dell'organo collegiale, tali vizi hanno carattere assorbente rispetto alle residue censure, atteso che in tutte le situazioni di incompetenza, nel cui ambito rientra l'illegittima composizione dell'organo, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicchè il giudice, anche ai sensi dell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., non può fare altro che rilevare il relativo vizio ed assorbire tutte le altre censure, non potendo ritenersi vincolato dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata.

Più precisamente, l'Adunanza plenaria ha dapprima rilevato che nel giudizio amministrativo, tenendo conto delle domande azionate con il ricorso principale, con i motivi aggiunti o con il ricorso incidentale, la parte può graduare, in

applicazione del principio dispositivo che informa il processo, esplicitamente ed in modo vincolante per il giudice, i motivi o le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, ai sensi dell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., il vizio si traduca nel mancato esercizio del potere da parte dell'autorità competente.

Sotto differente (ma convergente) angolo prospettuale, l'Adunanza plenaria ha affermato che il divieto di assorbimento conosce due principali deroghe, e cioè l'espressa previsione di legge nonché le evidenti ragioni di ordine logico pregiudiziale, cui possono aggiungersi, in taluni casi, le ragioni di economia processuale.

L'incompetenza, cui condivisibilmente la sentenza appellata ha equiparato il vizio della composizione della Commissione, configurante, più precisamente, un'ipotesi di difetto di legittimazione, rientra, nella tassonomia della sentenza n. 5 del 2015, tra le ipotesi di assorbimento imposto dalla legge, in quanto riconducibile nell'ambito dell'art. 34, comma 2, primo periodo, Cod. proc. amm., atteso che poteri amministrativi non (ancora) esercitati sono quelli "non esercitati" dall'autorità competente. Si tratta di un vizio radicale ed assorbente, che non ammette di essere graduato.

Condivisibilmente dunque la sentenza appellata ha esaminato pregiudizialmente il terzo motivo del ricorso principale.

1.1.- Né tale esito poteva avere un diverso epilogo in considerazione del rapporto tra ricorso incidentale escludente e ricorso principale, anch'esso, almeno in parte, escludente.

Non occorre infatti indugiare nella ricognizione della giurisprudenza per ricordare come, a seguito della rinnovata posizione assunta da Corte giust. U.E., 5 settembre 2019, in causa C- 333/2018, nella materia controversa anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale va comunque esaminato il ricorso principale, specie allorchè le contrapposte censure siano indirizzate allo stesso segmento della

procedura di gara ed il vizio dedotto in modo speculare dalle parti in causa affligga entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara.

Parallelamente infondato è l'argomento di Eco Fly che ravvisa una carenza di interesse attuale e concreto all'esame della censura strumentale nell'assunto che SAIE non doveva essere ammessa alla gara per avere presentato un *aliud pro alio*.

E' chiaro infatti che, per effetto dell'assorbimento legale delle domande, è solo la nuova Commissione giudicatrice che potrebbe valutare l'offerta di SAIE, e, se del caso, escluderla; l'argomento secondo cui l'esame delle offerte condotto dalla (contestata) Commissione abbia portata a SAIE benefici e non svantaggi (poiché le ha attribuito comunque un punteggio, anziché escluderla) prova evidentemente troppo.

2. - Escluso, dunque, che la sentenza abbia errato nell'esaminare la terza censura del ricorso principale, occorre procedere allo scrutinio del secondo e del terzo motivo dell'appello del R.T.I. Eco Fly che tale statuizione sottopongono a critica nel merito.

Per economia di giudizio, in ragione della sostanziale identità dei motivi svolti, può contestualmente essere trattato l'appello incidentale (autonomo) del Comune di Pavia.

L'assunto che sorregge tali motivi di appello è che la sentenza di primo grado non abbia valorizzato adeguatamente la disciplina transitoria, dando diretta applicazione all'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, che, diversamente dal previgente regime di cui all'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, estende anche al presidente (oltre che ai commissari) l'incompatibilità nel caso in cui abbiano svolto altra funzione od incarico tecnico in relazione al contratto del cui affidamento di tratta (l'applicazione dell'art. 77, comma 4, sarebbe comunque fallace in quanto, trattandosi di norma sanzionatoria, presuppone l'esistenza di uno specifico e chiaro obbligo violato).

Deducono gli appellanti che l'art. 216, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'applicazione della normativa precedente in riferimento sia al soggetto nominante (in attesa dell'istituzione dell'albo presso l'A.N.A.C.) sia alle modalità di nomina, dando luogo ad un generale rinvio alla legislazione precedente (fino all'istituzione dell'albo), comprensivo del regime di incompatibilità; analogo effetto produrrebbe il rinvio alla norma regolamentare del Comune di Pavia che individua quale presidente della Commissione il dirigente del Settore cui sono assegnate le funzioni di gestione dei servizi oggetto della gara (art. 8, comma 8, del regolamento per la disciplina dei contratti, approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 37 del 22 marzo 2000), proprio come è avvenuto nella fattispecie in esame, in cui presidente è stato nominato il dirigente del Settore Servizi al cittadino e all'impresa, allora competente per i servizi cimiteriali.

Viene dunque criticata la sentenza secondo cui la disciplina transitoria contenuta nell'art. 216 troverebbe applicazione solamente con riguardo alle norme con carattere procedurale (modalità di nomina e soggetti nominabili), mentre con riguardo alle disposizioni sostanziali in materia di trasparenza troverebbe immediata applicazione il quarto comma dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Inoltre il Comune di Pavia, facendo perno su quanto previsto dalla disposizione finale dell'art. 77, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, deduce che non è consentita la parcellizzazione ed il frazionamento della disciplina transitoria, avente carattere speciale e prevalente, e comunque anche per le regole di trasparenza continuerebbe a trovare applicazione la previgente disciplina.

Allega ancora l'amministrazione appellante incidentale che, prevedendo il regolamento comunale che le funzioni di presidente sono attribuite al dirigente del Settore cui spettano i compiti di gestione e di attuazione del programma e del progetto cui la gara si riferisce, ed essendo tale regolamento conforme alle norme

di cui agli artt. 77, comma 12, e 216, comma 12, avrebbe dovuto essere fatto oggetto di gravame la disposizione regolamentare.

I motivi, pur nella complessità della questione giuridica trattata, posta in evidenza anche da qualche oscillazione giurisprudenziale, sono infondati.

Non può il Collegio non richiamare il precedente della Sezione 9 gennaio 2019, n. 193 in ordine alla corretta ermeneusi dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale dispone, per quanto ora rileva, che *«i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»*.

2.1. - Procedendo per ordine, deve essere anzitutto disattesa la tesi dell'inoperatività dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, in attesa dell'istituzione dell'albo dei commissari istituito presso l'A.N.A.C., cui fa riferimento il comma 3 dello stesso articolo, non intervenuta al momento della nomina contestata. Invero, le due disposizioni sono autonome, come dimostra proprio il comma 12, che contiene una disciplina transitoria fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'albo, rimettendo la nomina all'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante (tale disciplina transitoria è confermata dall'art. 216, comma 12, dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016).

La norma transitoria, contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti, contiene un rinvio alla disciplina previgente per quanto concerne la nomina della Commissione che deve essere effettuata dalla stazione appaltante “secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate”; ciò significa non già l'integrale inapplicabilità della disposizione del quarto comma dell'art. 77, quanto piuttosto, in attesa della selezione dei commissari dall'albo istituito presso l'A.N.A.C., l'imposizione di un limite modale nella scelta dei commissari stessi.

Il riferimento normativo alle regole di competenza e trasparenza riguarda il procedimento di nomina dei componenti della Commissione da parte dell'organo competente della stazione appaltante, ma non vale ad elidere, in assenza di un'espressa previsione, l'efficacia di una norma che pone una regola di incompatibilità (con valenza, dunque, precettiva e non sanzionatoria).

Può dunque convenirsi con la sentenza appellata laddove afferma che la norma dettante la disciplina transitoria è «*disposizione che afferisce unicamente al modus di scelta da parte della stazione appaltante –in assenza del sistema di individuazione e nomina previsto con la istituzione dell'Albo Anac- non mai afferendo ai requisiti soggettivi di legittimazione dei commissari*».

2.2. - Con riguardo al regime di incompatibilità tra le funzioni svolte nel procedimento e quelle di presidente della Commissione, il fondamento è di stretto diritto positivo, e va rinvenuto nel più volte ricordato art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Occorre peraltro rilevare che la norma in questione ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla quale la giurisprudenza aveva posto in evidenza che rispondeva all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la *ratio* generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n.13).

Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è dunque quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio di 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 (Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1387).

Peraltro, nel caso di specie, anche a volere fare una valutazione in concreto della situazione di incompatibilità sostanziale, il presidente della Commissione ha valutato il progetto per l'individuazione del promotore della finanza di progetto, ha redatto e sottoscritto il bando ed il disciplinare di gara, nonché la determina dirigenziale di approvazione della *lex specialis* e di indizione della gara; quindi ha nominato la Commissione giudicatrice, indicando sé stesso quale presidente.

2.3. - Né a diversa soluzione può condurre la previsione di cui all'art. 107 t.u.e.l., in quanto, a parte il rapporto di specialità per materia intercorrente tra la disciplina dei contratti pubblici e quella del t.u.e.l., dalla lettura di tale norma si desume che sono attribuite ai dirigenti molteplici competenze, tra cui quelle della presidenza delle commissioni di gara e di concorso (comma 3, lett. a) e quella della responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso (comma 3, lett. b); la norma non afferma il principio del cumulo nella stessa persona delle funzioni di presidente della Commissione e di responsabile dell'istruttoria, ma semplicemente enuclea le "funzioni e responsabilità della dirigenza". Non appare dunque, ad avviso della Sezione, dirimente il richiamo della disciplina di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000.

2.4. - Occorre aggiungere, in coerenza con quanto precede, che condivisibilmente la sentenza appellata ha disatteso l'eccezione di inammissibilità del motivo per mancata impugnazione del regolamento comunale che imporrebbe l'affidamento delle funzioni di presidente della Commissione al dirigente di Settore. Ed infatti in applicazione del criterio gerarchico e cronologico, che presiedono al sistema delle fonti del diritto, il regolamento comunale ha perso la propria efficacia precettiva

per effetto della sopravvenuta disposizione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016.

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello principale, al pari di quello incidentale vanno respinti in quanto infondati; il che esime il Collegio, anche a prescindere dai profili di inammissibilità eccepiti dal raggruppamento Eco Fly, dalla disamina dei motivi di primo grado (primo, secondo e quarto) assorbiti dalla sentenza e riproposti in via subordinata dalla società SAIE.

La complessità delle questioni giuridiche trattate integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale nonché l'appello incidentale.

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 30 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO