

Non può far parte della commissione aggiudicatrice il soggetto che abbia adottato degli atti del procedimento di gara

Autore: Giacomo Giuseppe Verde

In: Giurisprudenza commentata

riferimento: art. 77, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016 - Commissione giudicatrice - Incompatibilità

La vicenda

Il **contenzioso deriva dall'espletamento di procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento del servizio di assistenza**, tutor tecnico di quartiere, portierato e ausiliariato, per garantire la piena funzionalità e la sicurezza di alcuni complessi di un Centro residenziale.

Uno dei concorrenti ha impugnato gli atti di gara dinanzi al Tar denunciando, tra i vari motivi, la violazione dell'art. 77, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016, tenuto conto che il Presidente della Commissione di gara non solo aveva in concreto adottato il decreto di indizione della procedura concorsuale, ma era anche titolare dell'Ufficio competente ad adottare l'approvazione degli atti della Commissione esaminatrice.

Il Tar ha rigettato tale motivo di ricorso ritenendo che non sussistesse la predetta violazione in considerazione del fatto che il direttore dell'Ufficio non aveva predisposto gli atti di gara, ma si era limitato ad indire la procedura e a sottoscrivere gli atti predisposti da altri soggetti, senza mai definirne il relativo contenuto.

Con l'appello il ricorrente ha dedotto l'erroneità della sentenza gravata per avere escluso la violazione dell'art. 77, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016.

Secondo l'appellante, il Presidente della Commissione, in qualità di titolare del competente Ufficio, aveva:

- adottato il decreto di indizione della procedura di gara, con cui, dopo la predeterminazione del fabbisogno, erano state prestabilite le regole relative alla selezione dei concorrenti, alla valutazione delle offerte e all'aggiudicazione della procedura;
- nominato il RUP e la Commissione di gara;

- approvato gli atti di gara, ivi compresa l'aggiudicazione.

Tali circostanze avrebbero configurato la causa di incompatibilità di cui all'art. 77, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016, che vieta ai commissari di svolgere altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Le motivazioni

Il Consiglio di Stato ritiene fondate tali doglianze.

Nelle motivazioni si evidenzia preliminarmente come la disposizione in esame sia applicabile al caso di specie, prescindendo dalla istituzione e dall'operatività dell'**albo dei commissari presso l'A.N.A.C.**, cui fa riferimento il comma 3 dello stesso articolo 77. Il Collegio al riguardo richiama un orientamento dello stesso Consiglio[1], secondo cui "le due disposizioni sono autonome, come dimostra inequivocabilmente la disciplina transitoria di cui all'art. 216, comma 12, dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016 che, fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'albo, rimette 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, con la precisazione che il riferimento normativo a tali regole riguarda il procedimento di nomina dei componenti della Commissione, ma non vale ad elidere, in assenza di un'espressa previsione, l'efficacia di una norma, quale quella dell'art. 77, comma 4, D. Lgs. n. 50/16, che pone una regola di incompatibilità (con valenza, dunque, precettiva e non sanzionatoria)".

Il regime di incompatibilità tra le funzioni svolte nel procedimento e quelle di Presidente della Commissione risponde all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte, a garanzia della neutralità del giudizio[2]. La ratio della disposizione dell'art. 77, comma 4, consiste, infatti, nella necessità di evitare che chi ha predisposto il regolamento di gara e chi è chiamato ad applicarlo concretamente siano soggetti diversi, in forza di "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"[3].

Il Collegio evidenzia, in proposito, come dalle emergenze istruttorie risulta che la stessa persona, da un lato, abbia sottoscritto gli atti di indizione della procedura di affidamento e di definizione delle regole del suo svolgimento, dall'altro, abbia provveduto all'applicazione delle norme dallo stesso predefinite, concorrendo in qualità di Presidente della Commissione giudicatrice alla valutazione delle offerte e all'individuazione dell'aggiudicatario della procedura.

Per i Giudici di Palazzo Spada la sovrapposizione dei ruoli e delle funzioni ha consumato la violazione del principio di necessaria separazione tra la fase regolatoria e quella attuativa, tenuto conto che chi ha predisposto il regolamento di gara è stato chiamato anche alla sua concreta applicazione, così compromettendo le esigenze di tutela della trasparenza della procedura.

Per il Collegio neppure si può argomentare diversamente sostenendo che al Direttore della struttura sia riconducibile la sola sottoscrizione di documenti formati da altri soggetti e non la formazione sostanziale del contenuto degli atti con cui è stata **definita la lex specialis della gara**.

Al riguardo il Collegio evidenzia come la sottoscrizione svolga “una funzione identificativa ed impegnativa, consentendo di individuare l’autore dell’atto e imputando in capo a questi la responsabilità derivante dalla sua adozione”. Pertanto, mediante la sottoscrizione, “l’organo procedente non si limita a recepire l’altrui volontà dispositiva, ma, facendo proprio il lavoro preparatorio svolto dall’Ufficio, manifesta in via immediata e diretta la volontà provvedimento dell’Amministrazione di appartenenza, attuando un definito assetto di interessi sul piano sostanziale”.

Nella fattispecie in esame il Direttore non svolge una mera attività di controllo sui provvedimenti già definiti e imputabili ad altri, ma, quale organo di amministrazione attiva, manifesta “la volontà dispositiva della stazione appaltante, prendendo atto dell’attività istruttoria svolta dall’Ufficio, condividendone le risultanze e adottando la decisione conclusiva, in tale modo assumendo sia la paternità del contenuto degli atti sottoscritti, allo stesso direttamente riferibili, sia, per l’effetto, la responsabilità in ordine agli effetti giuridici in concreto prodotti ...”.

Per tali ragioni, il Direttore dell’Ufficio, con la sottoscrizione degli atti di indizione e di regolazione della procedura di gara, ha definito le regole da applicare per la selezione dell’offerta migliore, e pertanto non avrebbe potuto prendere parte anche alla Commissione giudicatrice, dallo stesso nominata e presieduta.

In conclusione, la pronuncia ribadisce un orientamento ormai consolidato che, in ossequio al principio di separazione tra fase regolatoria e fase attuativa della gara, tende a neutralizzare il pericolo concreto di possibili disfunzioni e interferenze con il giudizio di merito derivanti da forme di commistione o sovrapposizione di ruoli, competenze e funzioni all’interno della procedura ad evidenza pubblica.

Dall’esame della decisione emerge comunque che l’incompatibilità si realizza allorché l’intervento nelle attività procedurali sia attivo e sostanziale, cioè tale da poter condizionare il processo formativo della volontà in ordine alla valutazione delle offerte e all’aggiudicazione dell’appalto. Ne consegue, a parere di chi scrive, che, ai fini della configurabilità dell’incompatibilità, l’analisi della fattispecie procedimentale richiede un apprezzamento da compiersi caso per caso anche per evitare un’interpretazione estensiva della norma che potrebbe a sua volta generare una ingiustificata limitazione delle funzioni e delle attività proprie del personale della stazione appaltante[4].

Volume consigliato

Note

[1] Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2019, n. 193.

[2] Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n.13.

[3] Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1387; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2471; Cons. Stato, Sez. III, 8 ottobre 2021, n. 6744.

[4] Si vedano: Cons. Stato, sez. V, 5 gennaio 2021, n. 144; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565; Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191.

<https://www.diritto.it/non-puo-far-parte-della-commissione-aggiudicatrice-il-soggetto-che-abbia-adottato-d-egli-atti-del-procedimento-di-gara/>