

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29820-quando-ad-un-soggetto-spetta-designare-i-membri-di-una-commissione-nulla-gli-vieta-di-designare-anche-se-stesso-beninteso-se-legittimato-a-svolgere-quell-incarico-e-non-vi-sono-altri-impedimenti>

Autore: Lazzini Sonia

**Quando ad un soggetto spetta designare i membri di una commissione nulla gli vieta di designare (anche) se stesso, beninteso se è legittimato a svolgere quell'incarico e non vi sono altri impedimenti**

Tar Umbria, Perugia, 21.05.2010 n. 331

***Quando ad un soggetto spetta designare i membri di una commissione nulla gli vieta di designare (anche) se stesso, beninteso se è legittimato a svolgere quell'incarico e non vi sono altri impedimenti.***

è inammissibile per carenza di interesse il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di una gara quante volte dall'esperimento della c.d. "prova di resistenza" risulti che il ricorrente non sarebbe comunque risultato aggiudicatario, neppure in caso di annullamento degli atti impugnati.

Ed invero, a fronte di una prima nomina della commissione giudicatrice ad opera della deliberazione della giunta comunale n. 16 del 28 luglio 2009, e dunque in epoca antecedente alla scadenza del termine prefissato per la presentazione delle offerte, è poi intervenuta la delibera, sempre della giunta, n. 40 del 26 agosto 2009, che ha annullato la "costituzione" della commissione giudicatrice, proprio evocando la già citata disposizione dell'art. 84, comma 10.

In tale modo, in autotutela, l'Amministrazione ha provveduto a rimuovere un vizio degli atti della procedura di gara, connesso ad un obbligo posto dalla legge a carico della Stazione appaltante al fine di garantire che le operazioni di gara si svolgano, nel rispetto dei principi di buona amministrazione ed imparzialità, secondo procedure trasparenti e rispettose della parità di trattamento tra i concorrenti, evitando ogni forma di condizionamento (in termini, da ultimo, T.A.R. Molise, 9 aprile 2009, n. 126; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 26 marzo 2009, n. 676).

Lamenta peraltro parte ricorrente come la nuova commissione sia costituita dagli stessi componenti di quella precedentemente annullata, ed inoltre che la nomina sia stata disposta con la determina dirigenziale n. 2858 del 26 agosto 2009, adottata dal dirigente della Direzione Servizi e Politiche per lo Sport del Comune di Terni, che ha nominato sé stesso come presidente della commissione.

Occorre considerare, con riguardo al primo profilo, che l'identità dei membri della commissione non costituisce profilo di illegittimità del provvedimento di nomina, atteso che non sono stati evidenziati, neppure in questa sede, motivi di incompatibilità o cause di astensione riferibili a taluno dei membri della commissione.

Del resto, anche il dodicesimo comma dell'art. 84 prevede, per il caso di rinnovo del procedimento di gara conseguente ad annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti, che sia riconvocata la medesima commissione.

Si potrebbe sostenere che l'art. 84, comma 12, del d.lgs. n. 163 del 2006 non sia applicabile all'ipotesi della ricostituzione della commissione avvenuta allo scopo di emendare il vizio della costituzione della commissione anteriormente alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (così T.A.R. Lazio, Latina, 28 aprile 2007, n. 304); tale soluzione peraltro, anche a prescindere dalla considerazione che comunque il procedimento in questione origina da una precedente sentenza di annullamento di questo Tribunale Amministrativo (26 marzo 2009, n. 104), pecca, ad avviso del Collegio, di eccessivo formalismo, in quanto la ratio della disposizione è, in ultima analisi, quella di

garantire il principio di indipendenza dei commissari, sancito dall'art. 73 della direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (in termini T.A.R Lombardia, Milano, Sez. I, 10 dicembre 2008, n. 5755).

Ovviamente diverso è il caso del mancato rispetto della regola della posteriorità della nomina dei componenti della commissione rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, in quanto, in tale evenienza, quand'anche non sia allegato un concreto pregiudizio arrecato dall'irregolare composizione della stessa, la violazione di legge si correla ad un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, mirante al potenziale effetto favorevole che potrebbe derivare dalla riedizione del procedimento (T.A.R. Lazio, Sez. III ter, 4 febbraio 2008, n. 905).

Non costituisce poi, motivo di illegittimità il fatto che il nuovo provvedimento di nomina della commissione sia stato adottato dal dirigente che si è designato quale presidente della commissione.

Ed infatti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 84 del d.lgs. n. 163 del 2000 e 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 (t.u.e.l.), la nomina delle commissioni di gara è di competenza dei dirigenti, essendo loro attribuita la responsabilità delle procedure di appalto e di concorso (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 23 ottobre 2008, n. 542).

Va aggiunto come peraltro, sempre ai sensi dell'art. 107, comma 3, lett. a), del t.u.e.l., spetta ai dirigenti anche la presidenza delle commissioni di gara e di concorso, sì che il dirigente preposto ai "Servizi e Politiche per lo Sport" diviene il candidato naturale a rivestire la carica di presidente della commissione di gara per l'affidamento del "servizio di gestione degli impianti natatori comunali coperti", in quanto l'art. 84, commi 2 e 3, del codice dei contratti pubblici affida la presidenza ad un dirigente della Stazione appaltante che risulti esperto nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto (in termini analoghi T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 14 agosto 2007, n. 3077).

Più in generale, quando ad un soggetto spetta designare i membri di una commissione nulla gli vieta di designare (anche) se stesso, beninteso se è legittimato a svolgere quell'incarico e non vi sono altri impedimenti.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 331 del 21 maggio 2010 pronunciata dal Tar Umbria, Perugia

**N. 00331/2010 REG.SEN.  
N. 00496/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 496 del 2009, proposto da: RICORRENTE Service S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. costituita con l'associazione sportiva dilettantistica Il Ricorrente due e l'associazione sportiva dilettantistica Ricorrente tre, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Mariani e Marco Setteposte, con domicilio eletto presso l'avv. Luciano Ghirga in Perugia, piazza Piccinino,10;

***contro***

Comune di Terni, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Silvi, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Minciaroni in Perugia, via Palermo, 106;

***nei confronti di***

- associazione sportiva dilettantistica A. di A.-Controinteressata, in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Maurizio Torchio, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso l'avv. Donato Antonucci in Perugia, via Baglioni, 10;
- associazione sportiva dilettantistica Controinteressata due, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
- associazione sportiva dilettantistica Controinteressata tre, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

a) della delibera della Giunta Comunale del 28.07.09 n. 16, pubblicata il 04.08.2009, avente ad oggetto l'approvazione del bando di gara e del capitolato d'oneri per la gestione degli impianti natatori comunali siti in località Campitelli e Borgo Bovio, limitatamente alla parte in cui, al punto 5 del dispositivo, dispone di approvare la costituzione della Commissione Giudicatrice di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 12.04.2006, per l'affidamento della procedura negoziata tramite il criterio

dell'offerta più vantaggiosa di cui all'art. 81 dello stesso decreto e di ogni altro atto conseguente;

b) della deliberazione della Giunta Comunale del 26.08.2009 n. 40, pubblicata nell'Albo pretorio il 31.08.2009, di annullamento della costituzione della Commissione giudicatrice con lo stralcio del punto 5 del dispositivo di cui alla Deliberazione della G.C. n. 16 del 27 (rectius 28) 07.09;

c) della determinazione dirigenziale n. 2858 del 26.08.09 con la quale viene costituita la Commissione Giudicatrice (in persona degli stessi componenti già nominati e successivamente revocati con i provvedimenti di cui ai precedenti punti) ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 84 per la concessione del servizio di gestione degli impianti natatori;

d) del verbale di aggiudicazione redatto dalla Commissione Giudicatrice il 14.09.2009;

e) di ogni altro atto comunque presupposto, connesso, collegato e conseguente, ivi compresa la deliberazione della Giunta Comunale di approvazione degli atti della predetta Commissione giudicatrice e di assegnazione del servizio di gestione degli impianti natatori alla società controinteressata.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Terni e della associazione sportiva dilettantistica A. di A.-Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2010 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'A.T.I. ricorrente premette che con deliberazione della giunta comunale di Terni n. 16 del 28 luglio 2009 sono state avviate le procedure per l'affidamento in concessione della gestione degli impianti natatori coperti ad uso pubblico, siti in località Campitelli e Borgo Bovio, mediante procedura negoziata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La deliberazione in questione ha approvato il bando di gara, il capitolato d'oneri, nonché la costituzione della commissione giudicatrice, nelle persone dei signori Luciano Sdogati, in qualità di presidente, Gianluca Paterni e Giorgio Tommasi, quali componenti; il termine per la presentazione delle domande di partecipazione è stato fissato al 25 luglio 2009.

Esponde che con successiva deliberazione n. 40 del 26 agosto 2009 la giunta annullava la costituzione della commissione giudicatrice, disposta al punto 5 della deliberazione n. 16 del 2009, e con determina n. 2858 in pari data veniva nominata una nuova commissione, composta delle stesse persone fisiche precedentemente nominate.

Le operazioni di gara si sono concluse con verbale del 14 settembre 2009, attribuendo il primo posto alla controinteressata A. di A.-Controinteressata, con punteggio totale pari a 87,17, il secondo alla associazione sportiva dilettantistica Controinteressata tre con punti 85,28, ed il terzo posto alla ricorrente con punti 75,37.

Impugna gli atti suindicati, e meglio specificati in epigrafe, deducendo a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione degli artt. 81, 82, 83 e 84 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per sviamento.

Ai sensi dell'art. 84, comma 10, del codice dei contratti pubblici la nomina dei commissari e la costituzione della Commissione devono avvenire dopo la scadenza

del termine fissato per la presentazione delle offerte, che, nel caso di specie, era fissato al 25 agosto 2009.

Di qui l'evidente illegittimità della nomina effettuata con la delibera della G.C. n. 16 del 28 luglio 2009.

Altrettanto illegittimi risultano i successivi provvedimenti di annullamento della nomina e di nomina di una nuova commissione, nelle persone degli stessi componenti precedentemente designati; deve altresì essere segnalato un ulteriore profilo di illegittimità della determina dirigenziale n. 2858 del 26 agosto 2009, in quanto adottata dallo stesso dirigente (dr. Luciano Sdogati), che ha nominato sé stesso quale presidente della costituenda commissione.

2) Violazione delle regole della gara; difetto di motivazione; illogicità.

Occorre inoltre contestare la valutazione delle offerte compiuta dalla commissione giudicatrice, che ha dato luogo ad un'illegittima graduatoria finale.

In primo luogo, con riferimento al "parametro (qualitativo) 2a", relativo al piano gestionale degli impianti, alla ricorrente sono stati attribuiti punti 6,95, all'A.di A., risultata aggiudicataria, punti 8,81, ed alla Controinteressata tre il punteggio massimo di 12,00. Dai verbali non è dato evincere il procedimento logico di assegnazione dei punti; peraltro va evidenziato che la proposta, giudicata migliore, della Controinteressata tre è basata su di un monte ore non congruo rispetto alla reale disponibilità degli impianti, atteso che il bando di gara, a questo riguardo, precisava che per "ore/acqua" dovevano intendersi "spazi di cinque corsie per uno spazio temporale della durata di cinquanta minuti". Dall'esame della proposta della Controinteressata tre emerge che l'associazione controinteressata ha considerato un totale di ore disponibili pari a 386 ore/settimana, ripartite tra otto fasce di utenza, mentre, considerati gli orari di apertura dell'impianto, il totale delle ore teoricamente disponibili per l'utilizzo delle cinque corsie ammonta a circa 14 ore al giorno, pari a 5040 minuti/settimana, ovvero a duecento "spazi temporali da

cinquanta minuti/settimana” circa, quindi poco più della metà rispetto alle 386 ore previste nel piano gestionale della Controinteressata tre.

Il piano proposto dall’aggiudicataria risulta invece carente sotto il profilo della “promozione” della fruibilità dell’impianto, limitandosi ad una mera ripartizione delle ore/acqua tra gli enti propri associati.

Al contrario, il piano proposto dalla ricorrente appare il più meritevole, essendo l’unico che ha specificato le modalità attraverso le quali sarebbe stata facilitata la fruizione degli impianti da parte delle “categorie tutelate” menzionate nel bando stesso, in particolare assumendo l’impegno di riservare le ore/acqua antimeridiane (dalle ore 09:50 alle 13:10) esclusivamente alle scuole.

In secondo luogo, con riguardo al parametro economico, e segnatamente al criterio del piano degli investimenti (parametro I.b.), per il quale lex specialis prevedeva l’attribuzione di massimo 15 punti, la ricorrente si è vista attribuire il punteggio massimo per investimenti previsti nella misura di euro 81.052,00, l’A. di A. punti 13,90 per investimenti pari ad euro 75.100,00 e l’associazione Controinteressata tre punti 10,28 per investimenti per euro 55.540. Tale graduatoria parziale è il frutto dell’applicazione puramente matematica della formula prevista nel bando per il calcolo del punteggio da attribuire ai concorrenti classificati dal secondo posto in poi, consistente in una proporzione tra la somma offerta dalla prima classificata e le inferiori somme offerte dagli altri concorrenti. Deve peraltro essere contestata la asettica valutazione dei piani gestionali operata dalla commissione, che non ha tenuto conto del fatto che talune “voci di spesa” indicate erano del tutto irrealizzabili.

Resistono in giudizio la controinteressata A. di A.-Controinteressata ed il Comune di Terni.

All’udienza del 28 aprile 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO



1. - Con il primo motivo si deduce la violazione dell'art. 84 del codice dei contratti pubblici, nell'assunto dell'illegittimità degli atti impugnati che hanno, rispettivamente, nominato la commissione giudicatrice prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, poi annullato detto provvedimento, e successivamente rinominato la commissione nella medesima composizione.

La censura non appare meritevole di positiva valutazione, e deve pertanto essere disattesa.

Ed invero, anche a prescindere da qualche residuo dubbio in ordine all'applicabilità dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 alla fattispecie dedotta in giudizio, concernente una "concessione del servizio di gestione degli impianti sportivi natatori comunali", non appare comunque ravvisabile una violazione di tale norma.

Ed invero, a fronte di una prima nomina della commissione giudicatrice ad opera della deliberazione della giunta comunale n. 16 del 28 luglio 2009, e dunque in epoca antecedente alla scadenza del termine prefissato per la presentazione delle offerte, è poi intervenuta la delibera, sempre della giunta, n. 40 del 26 agosto 2009, che ha annullato la "costituzione" della commissione giudicatrice, proprio evocando la già citata disposizione dell'art. 84, comma 10.

In tale modo, in autotutela, l'Amministrazione ha provveduto a rimuovere un vizio degli atti della procedura di gara, connesso ad un obbligo posto dalla legge a carico della Stazione appaltante al fine di garantire che le operazioni di gara si svolgano, nel rispetto dei principi di buona amministrazione ed imparzialità, secondo procedure trasparenti e rispettose della parità di trattamento tra i concorrenti, evitando ogni forma di condizionamento (in termini, da ultimo, T.A.R. Molise, 9 aprile 2009, n. 126; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 26 marzo 2009, n. 676).

Lamenta peraltro parte ricorrente come la nuova commissione sia costituita dagli stessi componenti di quella precedentemente annullata, ed inoltre che la nomina sia stata disposta con la determina dirigenziale n. 2858 del 26 agosto 2009, adottata dal dirigente della Direzione Servizi e Politiche per lo Sport del Comune di Terni, dr. Luciano Sdogati, che ha nominato sé stesso come presidente della commissione.

Occorre considerare, con riguardo al primo profilo, che l'identità dei membri della commissione non costituisce profilo di illegittimità del provvedimento di nomina, atteso che non sono stati evidenziati, neppure in questa sede, motivi di incompatibilità o cause di astensione riferibili a taluno dei membri della commissione.

Del resto, anche il dodicesimo comma dell'art. 84 prevede, per il caso di rinnovo del procedimento di gara conseguente ad annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti, che sia riconvocata la medesima commissione.

Si potrebbe sostenere che l'art. 84, comma 12, del d.lgs. n. 163 del 2006 non sia applicabile all'ipotesi della ricostituzione della commissione avvenuta allo scopo di emendare il vizio della costituzione della commissione anteriormente alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (così T.A.R. Lazio, Latina, 28 aprile 2007, n. 304); tale soluzione peraltro, anche a prescindere dalla considerazione che comunque il procedimento in questione origina da una precedente sentenza di annullamento di questo Tribunale Amministrativo (26 marzo 2009, n. 104), pecca, ad avviso del Collegio, di eccessivo formalismo, in quanto la ratio della disposizione è, in ultima analisi, quella di garantire il principio di indipendenza dei commissari, sancito dall'art. 73 della direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (in termini T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 dicembre 2008, n. 5755).

Ovviamente diverso è il caso del mancato rispetto della regola della posteriorità della nomina dei componenti della commissione rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, in quanto, in tale evenienza, quand'anche non sia allegato un concreto pregiudizio arrecato dall'irregolare composizione della stessa, la violazione di legge si correla ad un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, mirante al potenziale effetto favorevole che potrebbe derivare dalla riedizione del procedimento (T.A.R. Lazio, Sez. III ter, 4 febbraio 2008, n. 905).

Non costituisce poi, motivo di illegittimità il fatto che il nuovo provvedimento di nomina della commissione sia stato adottato dal dirigente che si è designato quale presidente della commissione.

Ed infatti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 84 del d.lgs. n. 163 del 2000 e 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 (t.u.e.l.), la nomina delle commissioni di gara è di competenza dei dirigenti, essendo loro attribuita la responsabilità delle procedure di appalto e di concorso (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 23 ottobre 2008, n. 542).

Va aggiunto come peraltro, sempre ai sensi dell'art. 107, comma 3, lett. a), del t.u.e.l., spetta ai dirigenti anche la presidenza delle commissioni di gara e di concorso, sì che il dirigente preposto ai "Servizi e Politiche per lo Sport" diviene il candidato naturale a rivestire la carica di presidente della commissione di gara per l'affidamento del "servizio di gestione degli impianti natatori comunali coperti", in quanto l'art. 84, commi 2 e 3, del codice dei contratti pubblici affida la presidenza ad un dirigente della Stazione appaltante che risulti esperto nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto (in termini analoghi T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 14 agosto 2007, n. 3077).

Più in generale, quando ad un soggetto spetta designare i membri di una commissione nulla gli vieta di designare (anche) se stesso, beninteso se è legittimato a svolgere quell'incarico e non vi sono altri impedimenti.

2. - Con il secondo mezzo di gravame si contesta poi il giudizio espresso dalla commissione giudicatrice sia con riferimento al “parametro (qualitativo) 2a”, relativo al piano gestionale degli impianti, sia con riferimento al “parametro (economico) I.b”, concernente il piano degli investimenti.

La censura appare nel suo complesso inammissibile per carenza di interesse.

Ed invero, mutando l'ordine di trattazione, e muovendo dalla contestazione del giudizio espresso in ordine al “parametro economico” I.b), la doglianza deve essere disattesa per la sua genericità, che non consente in alcun modo di evincere la non proporzionalità dei punteggi attribuiti alle tre concorrenti (fino ad un massimo di 15 punti) per il “piano di investimenti annuale per l'intera durata contrattuale ... per l'implementazione dell'efficienza degli impianti corredato di apposito piano finanziario correlato agli impegni gestionali ed agli investimenti previsti su strutture ed attrezzature”; risulta, al contrario dalla tabella “C” del verbale del 14 settembre 2009 la ragionevolezza dei punti attribuiti, nei limiti, ovviamente, in cui le valutazioni tecniche sottese possono essere apprezzate in sede di sindacato giurisdizionale.

Consegue da ciò che, con riguardo al “parametro 2a”, anche a prescindere da ogni altro profilo, l'A.T.I. ricorrente è priva di interesse a ricorrere, in quanto, ove anche ottenesse, con l'incremento di 5,05 punti, il massimo del punteggio conseguibile per la valutazione del piano gestionale (e cioè 12 punti), non riuscirebbe a modificare la propria posizione, che la vede terza graduata con 75,37 punti, dietro la Controinteressata tre che ha conseguito 85,28 punti, e la aggiudicataria A. di A., che ha ottenuto 87,17 punti.

E' noto, al riguardo, come, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, è inammissibile per carenza di interesse il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di una gara quante volte dall'esperimento della c.d. “prova di resistenza” risulti che

il ricorrente non sarebbe comunque risultato aggiudicatario, neppure in caso di annullamento degli atti impugnati.

3. - Alla stregua di quanto esposto il ricorso deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria respinge il ricorso.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO