

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29993-in-caso-di-accertata-carenza-del-personale-di-ruolo-il-rup-pu-anche-essere-una-persona-assunta-con-contratto-a-tempo-determinato-ex-art-110-del-d-l-vo-18-agosto-2000-n-267-e-successive-modificazi>

Autore: Lazzini Sonia

In caso di accertata carenza del personale di ruolo, il Rup può anche essere una persona assunta con contratto a tempo determinato ex art. 110 del D. L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e successive modificazioni

C.St. 06.07.2010 n. 4314

In caso di accertata carenza del personale di ruolo, il Rup può anche essere una persona assunta con contratto a tempo determinato ex art. 110 del D. L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e successive modificazioni

Semmai spetta a colui che intende contestare la presenza del relativo presupposto (accertata carenza di personale di ruolo in possesso di professionalità adeguate) fornirne idonei elementi di prova sulla presenza in ruolo di personale con le caratteristiche richieste, ma nella specie tali elementi di prova non sono stati indicati.

L'art. 10, comma 5° del Codice prevede che il responsabile del procedimento di affidamento della gara "per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo" è stato integrato con la disposizione secondo cui "In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio" per effetto dell'art. 2 del D.Lvo 26 gennaio 2007 n. 7 (entrato in vigore il 1° febbraio 2007)

E' sufficiente che la nomina della commissione sia stata effettuata dal competente Dirigente ai sensi dell'art. 107 TUEL del 18 agosto 2000 n.267, che in quanto decreto legislativo prevale sulla normativa interna regolamentare.

Non occorre una specifica motivazione nella scelta dei componenti interni della commissione di gara ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, il quale richiede solo che si tratti di "esperti dello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto

Con la sentenza indicata in epigrafe il TAR Lombardia:

- ha riunito i due ricorsi proposti dal Controinteressata e relativa ATI avverso la disciplina di gara adottata dalla provincia di Milano per l'affidamento del servizio globale per la manutenzione ordinaria programmata del verde; la nomina del responsabile del procedimento e della commissione di gara, degli atti di gara e relative aggiudicazioni provvisoria e definitiva in favore dell'impresa Ricorrente;
- ha dichiarato improcedibile il primo per carenza sopravvenuta di interesse in quanto rivolto avverso l'aggiudicazione provvisoria ed ha accolto il secondo annullando l'aggiudicazione definitiva.

In particolare il TAR ha ritenuto di condividere il secondo motivo di ricorso, con assorbimento delle ulteriori censure, con il quale era stata dedotta la violazione dell'art. 10 comma 5 D. Lgs. n. 163/2006, in quanto le funzioni di responsabile unico del procedimento (RUP) erano state attribuite al Dott. RUP B., dirigente assunto con contratto di lavoro a tempo determinato, che non sarebbe pertanto un dipendente "di ruolo" della stazione appaltante, come invece richiesto dal citato art. 10 comma 5, per il quale solo in via derogatoria sarebbe ammessa l'attribuzione delle funzioni di r.u.p. ad un dipendente "in servizio," in caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate. Nel caso di che trattasi, il r.u.p. non sarebbe un dipendente "di ruolo", e non risulterebbe in alcun modo "accertata" la predetta carenza di altri dipendenti di ruolo, essendosi provveduto sic et simpliciter all'individuazione del r.u.p., nella persona del Dott. RUP B..

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la società Ricorrente (originaria aggiudicataria della gara), deducendo quanto segue:

- il TAR, accogliendo la censura relativa alla nomina del RUP, non ha tenuto conto dell'art. 253, comma 6°, del Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che in relazione all'art. 10, fino all'entrata in vigore del Regolamento (finora non emanato), restano ferme le norme vigenti in tema di soggetti responsabili per le fasi di progettazione, affidamento, esecuzione dei contratti pubblici, per cui continuano ad applicarsi le previsioni vigenti in tema di RUP di cui all'art- 107 TUEL, ove al dirigente, sia esso a tempo determinato o indeterminato, è attribuita la responsabilità delle procedure di appalto e di concorso;

- comunque il dirigente nominato RUP, ancorchè a tempo determinato, deve considerarsi dipendente di ruolo, in quanto il dott. RUP B. ricopre una posizione prevista in pianta organica;

-pur ammettendosi l'applicabilità dell'art. 10 del Codice dei contratti pubblici, nella specie la relativa disciplina non risulta violata, tanto più che non è necessaria una motivazione esplicita dovendosi considerare tutti gli atti del procedimento, dal momento che l'accertamento della carenza del personale di ruolo è intervenuto, in quanto il dott. RUP B. è stato assunto sul presupposto che mancava il direttore del settore provveditorato e non vi erano dipendenti in grado di ricoprire tale incarico.

3.Si sono costituiti in giudizio il Controinteressata (ricorrente originario) e la provincia di Milano.

3.1.Il Controinteressata ha chiesto il rigetto dell' appello ed ha espressamente richiamato i motivi assorbiti dal TAR, osservando quanto segue:

- la nomina della commissione di gara è illegittima in quanto effettuata dal solo Direttore del settore provveditorato (dott. RUP B.), mentre doveva avvenire anche con la firma del Direttore centrale o per lo meno con il suo nulla osta, ai sensi dell'art. 2 del Codice etico della Provincia, richiamato nella determinazione n. 1319/2008 di nomina della commissione;

-la nomina della commissione di gara doveva essere effettuata, ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, dall'organo della stazione appaltante competente a scegliere il soggetto affidatario del contratto e perciò, sulla base dell'art. 10 del Regolamento sulla disciplina dei contratti della provincia di Milano, a tale nomina doveva provvedere la G. P.;

-la nomina dei membri della commissione di gara è altresì illegittima per violazione dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, che richiede che essi siano esperti nello specifico settore in cui si riferisce l'oggetto del contratto, in quanto non è stato specificato alcunchè nei confronti dei dipendenti interni della provincia (Malusardi e Brambati);

-illegittimità del verbale unico con il quale sono state attestate le riunioni tenute in ben dieci giorni distinti, senza possibilità di comprendere secondo quali modalità e tempistiche si sono svolte le complesse attività valutative delle offerte tecniche e le modalità con cui esse sono state conservate;

-detto verbale unico è stato redatto in modo generico, abbinandosi a ciascun criterio di valutazione indicato nella disciplina di gara un giudizio (ottimo, buono, discreto, sufficiente o insufficiente) con un punteggio numerico, senza motivare le proprie valutazioni e senza effettuare un giudizio comparativo tra le offerte;

-illegittimità della valutazione dell'offerta economica in quanto non solo le veniva assegnato il punteggio di 30/100 rispetto ai 70/100 previsti per l'offerta tecnica ma poi in conseguenza dell'irragionevole metodo di valutazione che era riferito all'importo offerto, di fatto veniva effettuato uno schiacciamento dei punteggi ancorati all'importo complessivamente offerto dai concorrenti invece di tener conto del ribasso percentuale offerto; tanto è vero che l'aggiudicataria ha totalizzato punti 18,878 pur offrendo una un corrispettivo di euro 9.206.854 (corrispondente ad una riduzione sulla base d'asta del 4, 65%) mentre l'istante, che ha offerto euro 7.050.693 (con un ribasso del 26,98%) ha totalizzato solo punti 24,651 ed infine l'ATI ALFA, che ha offerto euro 5.793.492 (con un ribasso del 40%), ha totalizzato il punteggio di 30/30; se invece fossero state valutate direttamente le percentuali di ribasso l'istante avrebbe ottenuto un punteggio di 20,23 (classificandosi, tenuto conto della valutazione tecnica, al primo posto della graduatoria) e l'aggiudicataria solo 3,48. Detta irragionevolezza della formula adottata è confermata dall'orientamento della Sezione V (n.5196/2005 e 3166/2009), che ha rilevato l'illegittimità di una formula che penalizzi, fino a renderlo insufficientemente significativo, l'elemento prezzo.

3.2.La Provincia di Milano ha aderito alle doglianze prospettate dall'appellante e con riferimento ai motivi assorbiti dal TAR ha osservato quanto segue:

-la nomina della commissione di gara è stata concordata tra il Direttore del settore provveditorato ed il Direttore centrale e perciò in osservanza dell'art. 2 del Codice etico, richiamato nell'atto di nomina;

-in ogni caso la nomina della commissione è stata effettuata dal competente dirigente ai sensi dell'art. 107 TUEL, che prevale sulla normativa interna;

-non occorre una specifica motivazione nella scelta dei componenti interni della commissione di gara ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici e comunque le persone nominate erano idonee, in quanto avevano già partecipato a numerose gare pubbliche, a svolgere il relativo compito tenuto anche

conto che era stato redatto da una società di ingegneria esterna il capitolato tecnico sulla cui base occorreva poi procedere alla valutazione delle offerte tecniche;

-il verbale unico è regolare in quanto in esso è riportato l'elenco delle riunioni completo di date, luogo di svolgimento ed operazioni compiute;

-le offerte tecniche presentate sono state specificamente analizzate dalla Commissione sulla base dei criteri previsti, esplicitando in apposite tabelle le valutazioni effettuate (doc. 17 del fascicolo di primo grado);

-la conservazione dei plichi e delle offerte tecniche è avvenuta regolarmente in quanto riposti in apposito armadio dotato di chiusura di sicurezza, anche se talvolta ciò non è stato precisato nel relativo verbale;

-non può considerarsi irragionevole il criterio di attribuzione del punteggio all'offerta economica, essendo prevalsa la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche se più costosa .

4.L'appellante con memoria del 13 novembre 2009 ha preso anche essa posizione sui motivi assorbiti dal TAR enunciando difese analoghe a quelle svolte dall'Amministrazione provinciale, soffermandosi in particolare sulla censura di illogicità del criterio di calcolo utilizzato per l'assegnazione dei punti all'offerta economica. Al riguardo fa presente che la formula utilizzata nel capitolato d'appalto (al prezzo minore viene attribuito il punteggio massimo disponibile; alle restanti offerte di maggiore importo viene assegnato proporzionalmente un punteggio inferiore sulla base della formula $\text{punteggio massimo attribuibile} \times \text{prezzo minore} : \text{prezzo offerto}$) è piuttosto comune ed è indicata nel DPCM n. 117/1999 (art.4 che rinvia all'allegato A), relativo all'aggiudicazione degli appalti di servizi di pulizia degli edifici, che è richiamato nell'art. 83, comma 5, del Codice dei contratti pubblici. D'altra parte la correttezza della formula è confermata dalla correlazione dei punteggi ottenuti dai concorrenti per qualità e prezzo.

Con memoria conclusiva, l'appellante e la ricorrente originaria hanno ulteriormente illustrato la loro posizione.

All'udienza del 9 marzo 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

L'Appello è fondato.

5.1.Al fine di contestare la statuizione del TAR di accoglimento del ricorso originario in riferimento alla ritenuta illegittimità della nomina del dott. RUP B. quale responsabile unico del procedimento di gara per violazione dell'art. 10, comma 5°, del D. L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni (Codice dei contratti pubblici) , con assorbimento delle altre censure, l'appellante prospetta tre autonome doglianze, per cui è sufficiente la condivisione di una sola di esse per l'accoglimento dell'appello.

5.2.La prima, che si fonda sull'inapplicabilità della menzionata disposizione (art.10 comma 5°) per effetto della disciplina transitoria di cui all'art. 253, comma 6°, del Codice dei contratti pubblici non può essere condivisa.

E' pur vero che l'art. 253, comma 6°, del Codice prevede che "in relazione all'art. 10, fino all'entrata in vigore del Regolamento restano ferme le norme vigenti in tema di soggetti responsabili per le fasi di progettazione, affidamento, esecuzione dei contratti pubblici" (Regolamento finora non emanato), ma nella specie il dott. RUP B. non è stato nominato responsabile "per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione, ma solo responsabile del procedimento di gara. Né d'altra parte la disposizione dell'art.10, comma 5°, del Codice nella parte in cui stabilisce che il responsabile del procedimento di affidamento della gara " per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo" abbisogna di norme di attuazione per la sua applicabilità.

5.3.Neppure è meritevole di adesione la doglianza con la quale si sostiene che nella specie il dott. RUP B., anche se assunto con contratto a tempo determinato ex art. 110 del D. L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e successive modificazioni., viene a ricoprire un posto previsto nella pianta organica e perciò deve

considerarsi dipendente di ruolo. Invero, il collocamento in ruolo di un soggetto costituisce la modalità attraverso la quale si realizza l'inserimento stabile dell'impiegato in un posto della pianta organica di una pubblica amministrazione (V. Corte cost. 6 luglio 2004 n.205); mentre nella specie il dott. RUP B. non è stato inserito in modo stabile in un posto della pianta organica ma è stato incaricato solo a tempo determinato.

5.4.E' invece da condividere il rilievo secondo cui, pur ammettendosi l'applicabilità dell'art. 10, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, nella specie la relativa disciplina non risulta violata .

Occorre al riguardo far presente che l'art. 10, comma 5° del Codice nella parte cui prevede che il responsabile del procedimento di affidamento della gara “per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo” è stato integrato con la disposizione secondo cui “In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio” per effetto dell'art. 2 del D.Lvo 26 gennaio 2007 n. 7 (entrato in vigore il 1° febbraio 2007).

Con la conseguenza che trattandosi di una disposizione normativa integrativa già in vigore al momento della gara in esame (indetta nel giugno 2008) bisogna tener conto anche di essa per stabilire la legittimità o meno della nomina del dott. RUP B. a responsabile del procedimento di gara.

La disposizione suddetta subordina la nomina in qualità di responsabile del procedimento di gara “di personale in servizio” presso un'amministrazione aggiudicatrice (e quindi anche di personale con incarico a tempo determinato) in presenza dell'accertamento della carenza di personale di ruolo in possesso di professionalità adeguate, ma non prescrive che ciò debba essere enunciato nell'atto di nomina del responsabile del procedimento. Semmai spetta a colui che intende contestare la presenza del relativo presupposto (accertata carenza di personale di ruolo in possesso di professionalità adeguate) fornirne idonei elementi di prova sulla presenza in ruolo di personale con le caratteristiche richieste, ma nella specie tali elementi di prova non sono stati indicati. D'altra parte l'accertamento della carenza del personale di ruolo è comunque implicitamente intervenuto, in quanto il dott. RUP B. è stato assunto sul presupposto che mancava in ruolo proprio il Direttore del settore provveditorato, che ha specifica competenza di assumere la responsabilità dei procedimenti più complessi (V. art. 16 del Regolamento provinciale sull'ordinamento degli uffici e dei servizi).

6.Si può procedere all'esame delle ulteriori censure del ricorso di primo grado assorbite dal TAR ed espressamente riproposte in appello.

6.1.Contrariamente a quanto sostenuto dal Consorzio appellato, la nomina della commissione di gara è stata concordata tra il Direttore del settore provveditorato ed il Direttore centrale (V. email del 1° agosto 2008) e perciò in sostanziale osservanza dell'art. 2 del Codice etico, richiamato nell'atto di nomina.

In ogni caso è sufficiente che la nomina della commissione sia stata effettuata dal competente Dirigente ai sensi dell'art. 107 TUEL del 18 agosto 2000 n.267, che in quanto decreto legislativo prevale sulla normativa interna regolamentare.

6.2. Inoltre non occorre una specifica motivazione nella scelta dei componenti interni della commissione di gara ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, il quale richiede solo che si tratti di “esperti dello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”, ma l'idoneità dei soggetti nominati non è stata in alcun modo contestata. In ogni caso, come precisato dall'Amministrazione appaltante, le nominate avevano già partecipato a numerose gare pubbliche ed inoltre nel caso in esame, essendo stato redatto il capitolato tecnico della gara da una società di ingegneria esterna, il relativo compito della commissione nella valutazione delle offerte tecniche era piuttosto semplificato.

Priva di pregio è poi la dedotta irregolarità del verbale unico, atteso che in esso è stato riportato l'elenco delle riunioni completo di date, luogo di svolgimento ed operazioni compiute, con sufficiente ricostruzione dell'andamento dei lavori della Commissione di gara (V. la decisione della Sezione n. 2748/2009). Tanto più che nelle specie le offerte tecniche presentate sono state specificamente analizzate dalla Commissione sulla base dei criteri previsti, esplicitando in apposite tabelle le valutazioni effettuate (doc. 17 del fascicolo di primo grado), che non sono state oggetto di contestazione.

6.4.La conservazione dei plichi e delle offerte tecniche è avvenuta regolarmente in quanto riposti in apposito armadio dotato di chiusura di sicurezza, anche se talvolta ciò non è stato precisato nel relativo

verbale. Né nella specie è stato indicato qualche elemento concreto di irregolarità (V. la decisione della Sezione n.6002/2009).

6.5 Con l'ultima censura di primo grado, riproposta in appello, il Consorzio sostiene, in relazione alla formula matematica prescelta per la l'attribuzione del punteggio all'offerta economica, che di fatto sarebbe stato effettuato uno schiacciamento dei punteggi in quanto ancorati all'importo complessivamente offerto dai concorrenti invece di tener conto del ribasso percentuale offerto. A riprova fa presente che l'aggiudicataria ha totalizzato punti 18,878 pur offrendo un corrispettivo di euro 9.206.854 (corrispondente ad una riduzione sulla base d'asta del 4, 65%), mentre l'istante, che ha offerto euro 7.050.693 (con un ribasso del 26,98%) ha totalizzato solo punti 24,651 ed infine l'ATI ALFA , che ha offerto euro 5.793.492 (con un ribasso del 40%), ha totalizzato il punteggio di 30/30. Se invece fossero state valutate direttamente le percentuali di ribasso l'istante avrebbe ottenuto un punteggio di 20,23 (classificandosi, tenuto conto della valutazione tecnica, al primo posto della graduatoria) e l'aggiudicataria solo 3,48 . Detta irragionevolezza della formula adottata sarebbe confermata dall'orientamento della Sezione (n.5196/2005 e 3166/2009), che ha rilevato l'illegittimità di una formula che penalizzi, fino a renderlo insufficientemente significativo l'elemento prezzo.

Detta censura, anche se enuncia alcuni aspetti interessanti, non può essere condivisa nella fattispecie.

E' pacifico che nel caso di aggiudicazione della gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa compete all'Amministrazione la scelta del criterio valutativo da applicare per l'assegnazione del punteggio all'offerta economica, e il relativo criterio è sindacabile dal Giudice amministrativo solo in caso di manifesta illogicità o travisamento (V. Sez. V n.5196/2005 e Sez. VI n.3404/2009). E' stato al riguardo precisato che si può graduare il punteggio secondo criteri di proporzionalità o progressività, premiare il prezzo più basso di più per taluni elementi e di meno per altri (nel caso di suddivisione dell'offerta economica in vari sub-elementi), ma non si può scegliere un criterio che pervenga al risultato paradossale di assegnare il maggior punteggio complessivo ad un'offerta economica più elevata di altre (V. Sez. VI n. 3404/2009); che è illegittimo per contraddittorietà il criterio che riduca l'effettivo divario di punteggio assegnabile all'offerta economica da 40 punti a non più di 10 punti, fino a rendere scarsamente significativa l'offerta economica ai fini dell'individuazione del vincitore della gara (V. Sez. V n.5196/2005).

Nella specie la formula matematica utilizzata consiste nell'attribuire al prezzo minore il punteggio massimo disponibile (30 punti), mentre alle restanti offerte di maggiore importo viene assegnato un punteggio inferiore sulla base della formula punteggio massimo attribuibile moltiplicato per il prezzo minore e quindi l'importo ottenuto è diviso per il prezzo offerto. Essa comporta innanzitutto l'attribuzione del massimo punteggio di 30 punti al prezzo più basso, mentre ai prezzi più alti viene assegnato un punteggio decrescente.

Per cui da un parte tale formula non esclude la rilevanza del prezzo (avendo ricevuto l'offerta più bassa 30 punti, l'offerta media 24,65 punti e l'offerta più alta 18,87) e comunque assicura un punteggio maggiore per le offerte più basse, per cui non appare manifestamente illogica.

Inoltre, trattasi di formula piuttosto comune ed è espressamente indicata nel DPCM n. 117/1999 (art.4 che rinvia all'allegato A), relativo all'aggiudicazione degli appalti di servi di pulizia degli edifici, che è richiamato nell'art. 83, comma 5°, del Codice dei contratti pubblici.

7. In conclusione, l'appello va accolto e va riformata la sentenza del TAR con integrale rigetto del ricorso originario.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4314 del 6 luglio 2010 pronunciata dal Consiglio di stato

N. 04314/2010 REG.DEC.
N. 08415/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8415 del 2009, proposto da:
Ricorrente Srl, in persona del socio unico sig. Francesco Ricorrente, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, via G. Mercalli n. 13;

contro

Controinteressata – CONTROINTERESSATA Soc. Cooperativa in proprio e in qualità di capogruppo mandatario del relativo raggruppamento, in persona del legale rappresentante p.t. , rappresentato e difeso dagli avv.ti Roberto Colagrande e Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso Roberto Colagrande in Roma, via G. Paisiello n. 55;

nei confronti di

Provincia di Milano,in persona del presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite n.7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 04527/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO GLOBALE DI MANUTENZIONE ORDINARIA DEL VERDE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Controinteressata – CONTROINTERESSATA Soc. Cooperativa, in proprio e in qualità di capogruppo mandatario del relativo raggruppamento, e della Provincia di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2010 il Cons. Aniello Cerreto e uditi per le parti gli avvocati De Portu, Colagrande e Masini per delega di D'Amelio;

Visto il dispositivo di decisione n.185/2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il TAR Lombardia:

- ha riunito i due ricorsi proposti dal Controinteressata e relativa ATI avverso la disciplina di gara adottata dalla provincia di Milano per l'affidamento del servizio globale per la manutenzione ordinaria programmata del verde; la nomina del responsabile del procedimento e della commissione di gara, degli atti di gara e relative aggiudicazioni provvisoria e definitiva in favore dell'impresa Ricorrente;
- ha dichiarato improcedibile il primo per carenza sopravvenuta di interesse in quanto rivolto avverso l'aggiudicazione provvisoria ed ha accolto il secondo annullando l'aggiudicazione definitiva.

In particolare il TAR ha ritenuto di condividere il secondo motivo di ricorso, con assorbimento delle ulteriori censure, con il quale era stata dedotta la violazione

dell'art. 10 comma 5 D. Lgs. n. 163/2006, in quanto le funzioni di responsabile unico del procedimento (RUP) erano state attribuite al Dott. RUP B., dirigente assunto con contratto di lavoro a tempo determinato, che non sarebbe pertanto un dipendente "di ruolo" della stazione appaltante, come invece richiesto dal citato art. 10 comma 5, per il quale solo in via derogatoria sarebbe ammessa l'attribuzione delle funzioni di r.u.p. ad un dipendente "in servizio," in caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate. Nel caso di che trattasi, il r.u.p. non sarebbe un dipendente "di ruolo", e non risulterebbe in alcun modo "accertata" la predetta carenza di altri dipendenti di ruolo, essendosi provveduto sic et simpliciter all'individuazione del r.u.p., nella persona del Dott. RUP B..

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la società Ricorrente (originaria aggiudicataria della gara), deducendo quanto segue:

-il TAR, accogliendo la censura relativa alla nomina del RUP, non ha tenuto conto dell'art. 253, comma 6°, del Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che in relazione all'art. 10, fino all'entrata in vigore del Regolamento (finora non emanato), restano ferme le norme vigenti in tema di soggetti responsabili per le fasi di progettazione, affidamento, esecuzione dei contratti pubblici, per cui continuano ad applicarsi le previsioni vigenti in tema di RUP di cui all'art- 107 TUEL, ove al dirigente, sia esso a tempo determinato o indeterminato, è attribuita la responsabilità delle procedure di appalto e di concorso;

- comunque il dirigente nominato RUP, ancorchè a tempo determinato, deve considerarsi dipendente di ruolo, in quanto il dott. RUP B. ricopre una posizione prevista in pianta organica;

-pur ammettendosi l'applicabilità dell'art. 10 del Codice dei contratti pubblici, nella specie la relativa disciplina non risulta violata , tanto più che non è necessaria una motivazione esplicita dovendosi considerare tutti gli atti del procedimento, dal

momento che l'accertamento della carenza del personale di ruolo è intervenuto, in quanto il dott. RUP B. è stato assunto sul presupposto che mancava il direttore del settore provveditorato e non vi erano dipendenti in grado di ricoprire tale incarico.

3. Si sono costituiti in giudizio il Controinteressata (ricorrente originario) e la provincia di Milano.

3.1. Il Controinteressata ha chiesto il rigetto dell' appello ed ha espressamente richiamato i motivi assorbiti dal TAR, osservando quanto segue:

- la nomina della commissione di gara è illegittima in quanto effettuata dal solo Direttore del settore provveditorato (dott. RUP B.), mentre doveva avvenire anche con la firma del Direttore centrale o per lo meno con il suo nulla osta, ai sensi dell'art. 2 del Codice etico della Provincia, richiamato nella determinazione n. 1319/2008 di nomina della commissione;

- la nomina della commissione di gara doveva essere effettuata, ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, dall'organo della stazione appaltante competente a scegliere il soggetto affidatario del contratto e perciò, sulla base dell'art. 10 del Regolamento sulla disciplina dei contratti della provincia di Milano, a tale nomina doveva provvedere la G. P.;

- la nomina dei membri della commissione di gara è altresì illegittima per violazione dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, che richiede che essi siano esperti nello specifico settore in cui si riferisce l'oggetto del contratto, in quanto non è stato specificato alcunchè nei confronti dei dipendenti interni della provincia (Malusardi e Brambati);

- illegittimità del verbale unico con il quale sono state attestate le riunioni tenute in ben dieci giorni distinti, senza possibilità di comprendere secondo quali modalità e tempistiche si sono svolte le complesse attività valutative delle offerte tecniche e le modalità con cui esse sono state conservate;

-detto verbale unico è stato redatto in modo generico, abbinandosi a ciascun criterio di valutazione indicato nella disciplina di gara un giudizio (ottimo, buono, discreto, sufficiente o insufficiente) con un punteggio numerico, senza motivare le proprie valutazioni e senza effettuare un giudizio comparativo tra le offerte;

-illegittimità della valutazione dell'offerta economica in quanto non solo le veniva assegnato il punteggio di 30/100 rispetto ai 70/100 previsti per l'offerta tecnica ma poi in conseguenza dell'irragionevole metodo di valutazione che era riferito all'importo offerto, di fatto veniva effettuato uno schiacciamento dei punteggi ancorati all'importo complessivamente offerto dai concorrenti invece di tener conto del ribasso percentuale offerto; tanto è vero che l'aggiudicataria ha totalizzato punti 18,878 pur offrendo una un corrispettivo di euro 9.206.854 (corrispondente ad una riduzione sulla base d'asta del 4,65%) mentre l'istante, che ha offerto euro 7.050.693 (con un ribasso del 26,98%) ha totalizzato solo punti 24,651 ed infine l'ATI ALFA, che ha offerto euro 5.793.492 (con un ribasso del 40%), ha totalizzato il punteggio di 30/30; se invece fossero state valutate direttamente le percentuali di ribasso l'istante avrebbe ottenuto un punteggio di 20,23 (classificandosi, tenuto conto della valutazione tecnica, al primo posto della graduatoria) e l'aggiudicataria solo 3,48. Detta irragionevolezza della formula adottata è confermata dall'orientamento della Sezione V (n.5196/2005 e 3166/2009), che ha rilevato l'illegittimità di una formula che penalizzi, fino a renderlo insufficientemente significativo, l'elemento prezzo.

3.2.La Provincia di Milano ha aderito alle doglianze prospettate dall'appellante e con riferimento ai motivi assorbiti dal TAR ha osservato quanto segue:

-la nomina della commissione di gara è stata concordata tra il Direttore del settore provveditorato ed il Direttore centrale e perciò in osservanza dell'art. 2 del Codice etico, richiamato nell'atto di nomina;

- in ogni caso la nomina della commissione è stata effettuata dal competente dirigente ai sensi dell'art. 107 TUEL, che prevale sulla normativa interna;
- non occorre una specifica motivazione nella scelta dei componenti interni della commissione di gara ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici e comunque le persone nominate erano idonee, in quanto avevano già partecipato a numerose gare pubbliche, a svolgere il relativo compito tenuto anche conto che era stato redatto da una società di ingegneria esterna il capitolato tecnico sulla cui base occorreva poi procedere alla valutazione delle offerte tecniche;
- il verbale unico è regolare in quanto in esso è riportato l'elenco delle riunioni completo di date, luogo di svolgimento ed operazioni compiute;
- le offerte tecniche presentate sono state specificamente analizzate dalla Commissione sulla base dei criteri previsti, esplicitando in apposite tabelle le valutazioni effettuate (doc. 17 del fascicolo di primo grado);
- la conservazione dei plichi e delle offerte tecniche è avvenuta regolarmente in quanto riposti in apposito armadio dotato di chiusura di sicurezza, anche se talvolta ciò non è stato precisato nel relativo verbale;
- non può considerarsi irragionevole il criterio di attribuzione del punteggio all'offerta economica, essendo prevalsa la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche se più costosa .

4.L'appellante con memoria del 13 novembre 2009 ha preso anche essa posizione sui motivi assorbiti dal TAR enunciando difese analoghe a quelle svolte dall'Amministrazione provinciale, soffermandosi in particolare sulla censura di illogicità del criterio di calcolo utilizzato per l'assegnazione dei punti all'offerta economica. Al riguardo fa presente che la formula utilizzata nel capitolato d'appalto (al prezzo minore viene attribuito il punteggio massimo disponibile; alle restanti offerte di maggiore importo viene assegnato proporzionalmente un punteggio inferiore sulla base della formula $\text{punteggio massimo attribuibile} \times$

prezzo minore : prezzo offerto) è piuttosto comune ed è indicata nel DPCM n. 117/1999 (art.4 che rinvia all'allegato A), relativo all'aggiudicazione degli appalti di servizi di pulizia degli edifici, che è richiamato nell'art. 83, comma 5, del Codice dei contratti pubblici. D'altra parte la correttezza della formula è confermata dalla correlazione dei punteggi ottenuti dai concorrenti per qualità e prezzo.

Con memoria conclusiva, l'appellante e la ricorrente originaria hanno ulteriormente illustrato la loro posizione.

All'udienza del 9 marzo 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5.L'Appello è fondato.

5.1.Al fine di contestare la statuizione del TAR di accoglimento del ricorso originario in riferimento alla ritenuta illegittimità della nomina del dott. RUP B. quale responsabile unico del procedimento di gara per violazione dell'art. 10, comma 5°, del D. L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni (Codice dei contratti pubblici) , con assorbimento delle altre censure, l'appellante prospetta tre autonome doglianze, per cui è sufficiente la condivisione di una sola di esse per l'accoglimento dell'appello.

5.2.La prima, che si fonda sull'inapplicabilità della menzionata disposizione (art.10 comma 5°) per effetto della disciplina transitoria di cui all'art. 253, comma 6°, del Codice dei contratti pubblici non può essere condivisa.

E' pur vero che l'art. 253, comma 6°, del Codice prevede che "in relazione all'art. 10, fino all'entrata in vigore del Regolamento restano ferme le norme vigenti in tema di soggetti responsabili per le fasi di progettazione, affidamento, esecuzione dei contratti pubblici" (Regolamento finora non emanato), ma nella specie il dott. RUP B. non è stato nominato responsabile "per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione, ma solo responsabile del procedimento di gara. Né d'altra parte la disposizione dell'art.10, comma 5°, del Codice nella parte in cui stabilisce che il responsabile del procedimento di affidamento della gara " per le

amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo” abbisogna di norme di attuazione per la sua applicabilità.

5.3. Neppure è meritevole di adesione la doglianza con la quale si sostiene che nella specie il dott. RUP B., anche se assunto con contratto a tempo determinato ex art. 110 del D. L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e successive modificazioni., viene a ricoprire un posto previsto nella pianta organica e perciò deve considerarsi dipendente di ruolo. Invero, il collocamento in ruolo di un soggetto costituisce la modalità attraverso la quale si realizza l'inserimento stabile dell'impiegato in un posto della pianta organica di una pubblica amministrazione (V. Corte cost. 6 luglio 2004 n.205); mentre nella specie il dott. RUP B. non è stato inserito in modo stabile in un posto della pianta organica ma è stato incaricato solo a tempo determinato.

5.4. E' invece da condividere il rilievo secondo cui, pur ammettendosi l'applicabilità dell'art. 10, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, nella specie la relativa disciplina non risulta violata .

Occorre al riguardo far presente che l'art. 10, comma 5° del Codice nella parte cui prevede che il responsabile del procedimento di affidamento della gara “per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo” è stato integrato con la disposizione secondo cui “In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio” per effetto dell'art. 2 del D.Lvo 26 gennaio 2007 n. 7 (entrato in vigore il 1° febbraio 2007).

Con la conseguenza che trattandosi di una disposizione normativa integrativa già in vigore al momento della gara in esame (indetta nel giugno 2008) bisogna tener conto anche di essa per stabilire la legittimità o meno della nomina del dott. RUP B. a responsabile del procedimento di gara.

La disposizione suddetta subordina la nomina in qualità di responsabile del procedimento di gara “di personale in servizio” presso un’amministrazione aggiudicatrice (e quindi anche di personale con incarico a tempo determinato) in presenza dell’accertamento della carenza di personale di ruolo in possesso di professionalità adeguate, ma non prescrive che ciò debba essere enunciato nell’atto di nomina del responsabile del procedimento. Semmai spetta a colui che intende contestare la presenza del relativo presupposto (accertata carenza di personale di ruolo in possesso di professionalità adeguate) fornirne idonei elementi di prova sulla presenza in ruolo di personale con le caratteristiche richieste, ma nella specie tali elementi di prova non sono stati indicati. D’altra parte l’accertamento della carenza del personale di ruolo è comunque implicitamente intervenuto, in quanto il dott. RUP B. è stato assunto sul presupposto che mancava in ruolo proprio il Direttore del settore provveditorato, che ha specifica competenza di assumere la responsabilità dei procedimenti più complessi (V. art. 16 del Regolamento provinciale sull’ordinamento degli uffici e dei servizi).

6.Si può procedere all’esame delle ulteriori censure del ricorso di primo grado assorbite dal TAR ed espressamente riproposte in appello.

6.1.Contrariamente a quanto sostenuto dal Consorzio appellato, la nomina della commissione di gara è stata concordata tra il Direttore del settore provveditorato ed il Direttore centrale (V. email del 1° agosto 2008) e perciò in sostanziale osservanza dell’art. 2 del Codice etico, richiamato nell’atto di nomina.

In ogni caso è sufficiente che la nomina della commissione sia stata effettuata dal competente Dirigente ai sensi dell’art. 107 TUEL del 18 agosto 2000 n.267, che in quanto decreto legislativo prevale sulla normativa interna regolamentare.

6.2. Inoltre non occorre una specifica motivazione nella scelta dei componenti interni della commissione di gara ai sensi dell’art. 84 del Codice dei contratti pubblici, il quale richiede solo che si tratti di “esperti dello specifico settore cui si

riferisce l'oggetto del contratto", ma l'idoneità dei soggetti nominati non è stata in alcun modo contestata. In ogni caso, come precisato dall'Amministrazione appaltante, le nominate avevano già partecipato a numerose gare pubbliche ed inoltre nel caso in esame, essendo stato redatto il capitolato tecnico della gara da una società di ingegneria esterna, il relativo compito della commissione nella valutazione delle offerte tecniche era piuttosto semplificato.

6.3. Priva di pregio è poi la dedotta irregolarità del verbale unico, atteso che in esso è stato riportato l'elenco delle riunioni completo di date, luogo di svolgimento ed operazioni compiute, con sufficiente ricostruzione dell'andamento dei lavori della Commissione di gara (V. la decisione della Sezione n. 2748/2009). Tanto più che nelle specie le offerte tecniche presentate sono state specificamente analizzate dalla Commissione sulla base dei criteri previsti, esplicitando in apposite tabelle le valutazioni effettuate (doc. 17 del fascicolo di primo grado), che non sono state oggetto di contestazione.

6.4. La conservazione dei plichi e delle offerte tecniche è avvenuta regolarmente in quanto riposti in apposito armadio dotato di chiusura di sicurezza, anche se talvolta ciò non è stato precisato nel relativo verbale. Né nella specie è stato indicato qualche elemento concreto di irregolarità (V. la decisione della Sezione n. 6002/2009).

6.5 Con l'ultima censura di primo grado, riproposta in appello, il Consorzio sostiene, in relazione alla formula matematica prescelta per la l'attribuzione del punteggio all'offerta economica, che di fatto sarebbe stato effettuato uno schiacciamento dei punteggi in quanto ancorati all'importo complessivamente offerto dai concorrenti invece di tener conto del ribasso percentuale offerto. A riprova fa presente che l'aggiudicataria ha totalizzato punti 18,878 pur offrendo un corrispettivo di euro 9.206.854 (corrispondente ad una riduzione sulla base d'asta del 4, 65%), mentre l'istante, che ha offerto euro 7.050.693 (con un ribasso del

26,98%) ha totalizzato solo punti 24,651 ed infine l'ATI ALFA , che ha offerto euro 5.793.492 (con un ribasso del 40%), ha totalizzato il punteggio di 30/30. Se invece fossero state valutate direttamente le percentuali di ribasso l'istante avrebbe ottenuto un punteggio di 20,23 (classificandosi, tenuto conto della valutazione tecnica, al primo posto della graduatoria) e l'aggiudicataria solo 3,48 . Detta irragionevolezza della formula adottata sarebbe confermata dall'orientamento della Sezione (n.5196/2005 e 3166/2009), che ha rilevato l'illegittimità di una formula che penalizzi, fino a renderlo insufficientemente significativo l'elemento prezzo.

Detta censura, anche se enuncia alcuni aspetti interessanti, non può essere condivisa nella fattispecie.

E' pacifico che nel caso di aggiudicazione della gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa compete all'Amministrazione la scelta del criterio valutativo da applicare per l'assegnazione del punteggio all'offerta economica, e il relativo criterio è sindacabile dal Giudice amministrativo solo in caso di manifesta illogicità o travisamento (V. Sez. V n.5196/2005 e Sez. VI n.3404/2009). E' stato al riguardo precisato che si può graduare il punteggio secondo criteri di proporzionalità o progressività, premiare il prezzo più basso di più per taluni elementi e di meno per altri (nel caso di suddivisione dell'offerta economica in vari sub-elementi), ma non si può scegliere un criterio che pervenga al risultato paradossale di assegnare il maggior punteggio complessivo ad un'offerta economica più elevata di altre (V. Sez. VI n. 3404/2009); che è illegittimo per contraddittorietà il criterio che riduca l'effettivo divario di punteggio assegnabile all'offerta economica da 40 punti a non più di 10 punti, fino a rendere scarsamente significativa l'offerta economica ai fini dell'individuazione del vincitore della gara (V. Sez. V n.5196/2005).

Nella specie la formula matematica utilizzata consiste nell'attribuire al prezzo minore il punteggio massimo disponibile (30 punti), mentre alle restanti offerte di

maggior importo viene assegnato un punteggio inferiore sulla base della formula $\text{punteggio massimo attribuibile} \times \text{prezzo minore}$ e quindi l'importo ottenuto è diviso per il prezzo offerto. Essa comporta innanzitutto l'attribuzione del massimo punteggio di 30 punti al prezzo più basso, mentre ai prezzi più alti viene assegnato un punteggio decrescente.

Per cui da una parte tale formula non esclude la rilevanza del prezzo (avendo ricevuto l'offerta più bassa 30 punti, l'offerta media 24,65 punti e l'offerta più alta 18,87) e comunque assicura un punteggio maggiore per le offerte più basse, per cui non appare manifestamente illogica.

Inoltre, trattasi di formula piuttosto comune ed è espressamente indicata nel DPCM n. 117/1999 (art.4 che rinvia all'allegato A), relativo all'aggiudicazione degli appalti di servizi di pulizia degli edifici, che è richiamato nell'art. 83, comma 5°, del Codice dei contratti pubblici.

7. In conclusione, l'appello va accolto e va riformata la sentenza del TAR con integrale rigetto del ricorso originario.

Le spese dei due gradi di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti in considerazione della complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, respinge il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione