

TAR LAZIO - LATINA, Sezione I, 23 maggio 2017, n. 325

Nel nuovo regime delineato dall'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2017, il RUP non può far parte della Commissione giudicatrice. Tale preclusione vale anche nel periodo transitorio dal momento che le incompatibilità di cui al citato art. 77 operano direttamente senza la necessità di intermediazione di regolamenti o linee-guida.

La partecipazione del RUP quale componente della Commissione giudicatrice inficia l'intera gara e ne determina l'illegittimità e il conseguente annullamento.

La pronuncia, per ovvie ragioni temporali, non poteva tener conto della modifica del comma 4 dell'articolo 77 (ad opera del cosiddetto "decreto correttivo", con efficacia dal 20 maggio 2017) che dopo il primo periodo «I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta» ha aggiunto il seguente secondo periodo «La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura». L'equivoca formulazione della nuova norma suggerisce comunque l'adozione di estrema cautela nella nomina del RUP quale componente della Commissione giudicatrice (ma non come presidente), probabilmente nel senso di motivare la sua terzietà circa la valutazione delle offerte tecniche.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 25 del 2017 R.G., proposto da Ars Educandi cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati ...;

contro

il ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e l'I.P.S.S.E.O.A. "M. Buonarroti" di Fiuggi, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, sono elettivamente domiciliati;

nei confronti di Edu.Fo.P. cooperativa sociale a r.l. e "Il Dono" cooperativa sociale, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione dell'avviso di aggiudicazione prot. n. 14980/05-10 del 30 novembre 2016, recante aggiudicazione alla Edu.Fo.P. cooperativa sociale della gara per l'affidamento del servizio di assistenza specialistica in ambito scolastico per alunni disabili" per l'anno scolastico 2016-2017, della lettera di invito, del capitolato speciale, dei verbali di gara e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente e per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il risarcimento dei danni subiti e subendi anche in forma specifica.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2017 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che con il ricorso principale e i motivi aggiunti la ricorrente denuncia l'illegittimità degli atti della gara indicata in epigrafe in particolare sostenendo che:

- a) la commissione non avrebbe proceduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta pubblica violando la previsione dell'articolo 12 d.l. 7 maggio 2012 n. 52, convertito in legge con modificazioni dalla legge 6 luglio 2012, n. 94;
- b) il presidente della commissione di gara non aveva titolo a ricoprire tale funzione sia perché sprovvisto di competenza nella materia cui si riferisce il servizio sia perché ha svolto anche la funzione di responsabile unico del procedimento; inoltre egli ha svolto la funzione di componente della commissione incaricata di svolgere la gara per analogo servizio presso un diverso comune (gara vinta dalla controinteressata) con conseguente dubbio in ordine alla sua imparzialità;
- c) il bando consentirebbe ribassi che non garantiscono il rispetto del costo orario dei lavoratori previsto dai C.C.N.L. con conseguente violazione dell'articolo 30 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
- d) sussisterebbero varie divergenze tra il contenuto della lettera di invito alla gara e il capitolato speciale d'appalto;
- e) l'avviso di aggiudicazione non reca l'indicazione dei concorrenti che hanno partecipato alla gara;
- f) la commissione avrebbe introdotto sub-criteri di valutazione delle offerte, così integrando il bando di gara e svolgendo una funzione (quella di definire il regolamento di gara) che non le compete; a ciò si aggiunge il rilievo che i sub-criteri illegittimamente definiti dalla commissione ricalcherebbero *"fedelmente le caratteristiche del servizio offerto dall'impresa aggiudicataria"*;
- g) i punteggi delle offerte tecniche sarebbero stati attribuiti impropriamente e comunque in un modo tale da non far comprendere se sia stata utilizzata la griglia contenuta nella lettera di invito o quella del capitolato di gara (questa censura, contenuta nei motivi aggiunti, si salda al quarto motivo del ricorso principale con cui si deduce la contraddittorietà tra i due documenti citati);

Premesso che l'avvocatura generale dello Stato ha depositato una memoria con cui ha articolato una difesa solo relativamente ai motivi aggiunti cioè alle censure sopra sintetizzate sub f) e g);

Ritenuto che:

- a) in ordine alla dedotta violazione dell'articolo 12 d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito in legge con modificazioni dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, la censura, anche a prescindere dal rilievo che l'articolo indicato è stato abrogato (dall'articolo 217, comma 1, lett. u) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), è comunque infondata in fatto, dato che l'apertura delle buste contenenti

l'offerta tecnica è avvenuta in seduta pubblica, come ammesso in ricorso, e solo la valutazione è avvenuta in seduta riservata, come pacificamente consentito;

- b) **in ordine alla dedotta illegittimità della composizione della commissione, la sezione condivide il rilievo secondo cui il r.u.p. non può essere membro della commissione; benché la compatibilità tra le due funzioni sia stata di recente affermata in giurisprudenza (si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2016, n. 1757), il contrario è infatti desumibile dal confronto tra la previsione del soppresso articolo 84 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 secondo cui “i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta” e la formulazione dell'articolo 77, comma 4, d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 secondo cui “i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”; la mancata esclusione del presidente dalla regola prevista dall'articolo 77 implica chiaramente che il r.u.p. non possa essere componente della commissione nemmeno quale presidente e quindi il superamento della giurisprudenza formatasi sotto il vigore del soppresso codice degli appalti; non è d'altro lato condivisibile il rilievo secondo cui la nuova regola del comma 4 sarebbe destinata ad operare solo dopo l'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2, dato che essa è formulata in termini generali ed è pertanto immediatamente efficace anche nel regime transitorio delineato dal comma 12 dell'articolo 77 (con il quale è compatibile); nella fattispecie quindi il r.u.p. – che è il soggetto che ha formulato la *lex specialis* – illegittimamente ha svolto l'ufficio di presidente della commissione;**
- c) in ordine alla dedotta violazione dell'articolo 30 d.lgs. n. 50, la base d'asta fissata dall'amministrazione consente la formulazione di offerte che rispettino il costo orario dei lavoratori delle cooperative sociali indicato in ricorso in euro 16,55 (alla offerta dell'aggiudicataria, utilizzando i dati della lettera invito, corrisponde un costo orario del servizio di circa euro 17,30, idoneo a garantire, sia pur di poco, il rispetto del costo orario dei lavoratori);
- d) sussistono infine le divergenze tra la lettera di invito e il capitolato speciale di appalto denunciate in ricorso in ordine ai requisiti di capacità economico-finanziaria (servizi analoghi e fatturato) richiesti ai concorrenti e ai punteggi attribuibili (per “*esperienza sul campo*” e “*curricula*”), atteso che per la “*comprovata esperienza sul campo*” la lettera di invito prevede un punteggio di 10 e il capitolato di 20 mentre per i *curricula* la lettera di invito prevede 20 punti e il capitolato 10;

Ritenuto che quanto precede implichi l'annullamento di tutti gli atti di gara, con salvezza delle ulteriori determinazioni dell'amministrazione, e assorbimento delle ulteriori censure non esaminate; Ritenuto – in ordine alle richieste di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro della ricorrente – che i vizi riconosciuti fondati implicano la caducazione dell'intera gara a partire dagli atti che l'hanno indetta con la conseguenza che:

- a) non è possibile il subentro della ricorrente;

b) nel bilanciamento degli opposti interessi, non si ritiene sussistano i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto tenuto conto che l'affidamento si riferisce al solo corrente anno scolastico ed è quindi prossimo a scadenza (è quindi tecnicamente impossibile una rinnovazione della gara che si concluderebbe necessariamente, tenuto conto dei tempi occorrenti, ben dopo la fine dell'anno scolastico); di conseguenza una dichiarazione di inefficacia del contratto avrebbe il solo effetto di privare i beneficiari del servizio di assistenza e non risulterebbe di alcuna utilità per la ricorrente;

Ritenuto, in ordine alla domanda di risarcimento dei danni, che i vizi riconosciuti fondati implicherebbero la rinnovazione della gara e non l'aggiudicazione di essa alla ricorrente; di conseguenza poiché con la sua domanda – peraltro del tutto generica – la ricorrente chiede il danno da “mancata aggiudicazione” essa deve essere respinta;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione staccata di Latina, definitivamente pronunciandosi sul ricorso, lo accoglie in parte e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; respinge la domanda avente a oggetto la dichiarazione di inefficacia del contratto e la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna i resistenti al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro seimila, oltre accessori di legge e salvo il rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Taglienti, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE