



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Bis)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10311 del 2022, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato L. A., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Stazione unica appaltante città di (Omissis) e Comune di (Omissis), ciascuno in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati D. D., L. L., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati A. D. E., R. V., F. R., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

previa istanza di misure cautelari, della determinazione dirigenziale in data 28.2.2022 di nomina della Commissione di gara per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani, altri servizi di igiene urbana e pulizia dell'arenile del Comune di (Omissis) per gli anni 2022/2029, della determinazione dirigenziale n. 1072 del 28.7.2022, con cui sono stati approvati i verbali di gara e disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio; di tutti i verbali di gara, in seduta pubblica e riservata nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, ove stipulato, medio tempore, con la (Omissis).

Con ricorso incidentale presentato da (Omissis) il 4/10/2022:

- del verbale di gara n. 2 del 4 marzo 2022, di apertura delle buste amministrative, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della ricorrente principale (Omissis) per il mancato possesso dei requisiti di capacità tecnica di cui all'art. 2.3) lett. b) del Disciplinare di gara e dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) e c-ter) D.Lgs. 50/2016;
 - del verbale di gara n. 4 del 21 marzo 2022, nella parte in cui è stata confermata l'ammissione di (Omissis), anziché escluderla;
 - del verbale n. 23 del 20 luglio 2022 nella parte in cui (Omissis) è stata collocata terza in graduatoria;
 - della determinazione di aggiudicazione n. 1072 del 28 luglio 2022 e della graduatoria finale nella parte in cui hanno ammesso la partecipazione della (Omissis), anziché escluderla;
 - di ogni altro atto o provvedimento presupposto o conseguente e comunque connesso con l'illegittima ammissione e valutazione dell'offerta di gara presentata dalla ricorrente principale;
- nonché per l'accesso ex art. 116, c. 2, c.p.a.
- a tutta la documentazione facente parte dell'offerta tecnica presentata in gara da Teknoservice S.r.l. e, in particolare, la relazione tecnica dei servizi offerti ed i relativi allegati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della (Omissis) della Stazione unica appaltante (Omissis) e del Comune di (Omissis);
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2022 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La (Omissis) espone di aver preso parte, insieme alle controinteressate, alla gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani, altri servizi di igiene urbana e pulizia dell'arenile del Comune di (Omissis) per gli anni 2022/2029, conclusasi in favore della (Omissis).

Con unico motivo di ricorso chiede l'annullamento dell'intera procedura di gara in quanto la composizione della Commissione giudicatrice sarebbe stata illegittimamente composta, risultando presieduta dal medesimo dirigente (Omissis), che ha sottoscritto gli atti della procedura, in violazione dell'art. 77 co.4, d.lgs. n. 50/2016.

Precisa, in fatto, che la gara veniva indetta con determinazione dirigenziale a firma del Dirigente comunale del Settore V (Omissis) in cui venivano definiti i criteri di aggiudicazione.

Successivamente, sempre lo stesso dirigente, nel ruolo però di Responsabile della Struttura Organizzativa Operante come S.U.A. Città di (Omissis), nominava la Commissione di gara, con sé medesimo quale presidente.

La Commissione di gara procedeva quindi ad esaminare le domande presentate e ad attribuire i punteggi.

All'esito della valutazione risultava prima in graduatoria la (Omissis) con il punteggio di 86,90/100, mentre la ricorrente Società (Omissis) si classificava al terzo posto con il punteggio di 42,25.

Il Dirigente (Omissis) approvava infine i verbali di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva della stessa.

Avverso la procedura di gara descritta parte ricorrente lamenta quindi la violazione dell'art. 77 co. 4 d.lgs. n. 50/2016 e dei principi in ordine alla nomina, alla composizione ed al funzionamento della commissione di gara per l'incompatibilità tra le funzioni svolte dall' (Omissis) nel procedimento e quelle di presidente della commissione di gara.

Secondo parte ricorrente, l'art. 77 co.4, consacrando il principio di separazione tra chi predispone il regolamento di gara e chi è chiamato ad applicarlo, sarebbe posto a presidio della trasparenza e terzietà dell'organo valutativo, nonché a garanzia dell'imparzialità dell'azione amministrativa. La valutazione delle situazioni di incompatibilità che involgono i membri della commissione di gara andrebbe perciò compiuta in astratto. La composizione illegittima della Commissione inficerebbe la validità di tutti gli atti ad essa imputabili e degli atti conseguenti. L'avvenuta apertura delle offerte non consentirebbe una riedizione del potere ad opera di una nuova Commissione, imponendosi piuttosto l'annullamento dell'intera procedura di gara. All'annullamento dell'intera gara la ricorrente avrebbe interesse nell'utile prospettiva di una sua reiterazione, divenuto attuale solo all'esito della gara in considerazione della natura endoprocedimentale del provvedimento di nomina della commissione.

Si sono costituite le Amministrazioni intimato che, con apposita memoria, replicano quanto segue.

La difesa delle Amministrazioni, per completezza espositiva in punto di fatto, segnala che nel 2020 era già stata indetta una procedura di gara per il medesimo servizio che tuttavia non veniva aggiudicata. Questo in particolare, in quanto, nelle more dell'espletamento della gara, venivano apportate sostanziali modifiche al Testo Unico Ambientale che rendevano non più attuale il Capitolato Speciale d'Appalto. Etambiente, risultata prima in graduatoria, denunciava supposte illegittimità dinanzi all'ANAC, tanto in relazione alla scelta della Stazione Appaltante di annullare la

gara che per le reiterate proroghe da parte del Comune di (Omissis) del precedente contratto di appalto scaduto. Essa proponeva inoltre ricorso a questo TAR avverso il provvedimento di annullamento della gara, che veniva respinto con sentenza nr. 6582/2022.

Quanto all'unico motivo di ricorso, questo sarebbe inammissibile oltre che infondato, in quanto il gravame sarebbe tardivo (parte ricorrente avrebbe dovuto impugnare subito l'atto di nomina della Commissione, trattandosi di atto pubblicato con una autonoma ed immediata portata lesiva); l'art. 77, comma 4 non potrebbe trovare applicazione prima dell'istituzione dell'Albo dei commissari, prevista dall'art. 77 co.3; la stazione appaltante avrebbe agito in conformità con quanto disposto dall'art. 107 del T.U.E.L. che attribuisce ai dirigenti sia i compiti di presidenza delle commissioni di gara e di concorso, sia la responsabilità delle relative procedure; il T.U.E.L., essendo posto a presidio dell'esercizio delle funzioni fondamentali degli enti locali, sarebbe connotato da una peculiare "forza", consacrata nell'art 107, comma 4 e nell'art. 1, comma 4 del T.U.E.L. stesso; pertanto, per espressa scelta del Legislatore, la previsione di cui all'art. 107 del T.U.E.L sarebbe prevalente rispetto alle disposizioni del Codice Appalti.

Il gravame, formulato in maniera generica, sarebbe ulteriormente inammissibile in quanto non corredato quantomeno dell'allegazione di evidenti travisamenti o incongruenze nell'esercizio dell'attività valutativa, risultando del tutto astratte le censure dedotte, senza alcun collegamento con qualsivoglia concreta lesione; richiama precedenti di giurisprudenza secondo i quali l'incompatibilità di cui all'art. 77, comma 4 del codice appalti riguarderebbe soltanto i commissari diversi dal presidente; risulterebbe dagli atti che (Omissis), in qualità di Responsabile della S.U.A., si sia limitato ad approvare la documentazione di gara, non risultando, invece, la sua partecipazione pure alla effettiva predisposizione della stessa, essendo peraltro il R.U.P. un soggetto diverso. (Omissis) sarebbe, all'interno del Comune di (Omissis), l'unico dirigente dotato della qualifica necessaria sia per la sottoscrizione degli atti di gara, sia per ricoprire il ruolo di Presidente della Commissione, essendo al contempo dirigente del V Settore "Lavori pubblici e progettazione", del VI Settore "Ambiente e Raccolta Differenziata" del Comune di (Omissis) e della S.U.A.

La controinteressata ha poi proposto ricorso incidentale chiedendo l'esclusione di (Omissis) dalla procedura di gara per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e per il ricorrere di diversi addebiti a suo carico considerabili gravi illeciti professionali. Congiuntamente ha altresì proposto istanza di accesso agli atti relativi all'offerta tecnica.

All'esito della camera di consiglio del 5 ottobre 2022, il difensore di parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare in vista della fissazione dell'udienza ex art. 120 c.p.a., richiesta alla quale hanno aderito le altre parti. È stata quindi disposta la trattazione della causa nel merito alla pubblica udienza del 16 dicembre 2022 (ord. coll. nr. 6191 del 6 ottobre 2022).

Successivamente, all'esito della camera di consiglio del 11 novembre 2022, la ricorrente incidentale ha dedotto circa l'avvenuta ostensione degli atti che aveva richiesto con l'istanza di accesso in corso di causa, con conseguente improcedibilità della relativa domanda per sopravvenuta carenza d'interesse (ord. coll. nr. 15694 del 24 novembre 2022).

In vista dell'udienza di merito, le parti hanno depositato ulteriori memorie ex art. 73.

In particolare, la ricorrente ha replicato alle eccezioni in rito, sostenendo che il vizio della composizione della commissione di gara non è atto immediatamente lesivo e che va dunque denunciato impugnando l'aggiudicazione; la previsione di cui all'art. 77 co.4, rispetto al previgente art. 84, comma 4, del D.lgs. n. 163 del 2006, si caratterizzerebbe proprio per aver esteso l'incompatibilità in esame anche al presidente oltre che ai commissari; non sussisterebbe alcuna genericità delle doglianze posto che l'incompatibilità del Presidente della commissione andrebbe valutata in astratto. Non potrebbe poi trovare applicazione l'art. 107 TUEL, rispetto al quale la norma di cui al D.lgs n. 50/2016 costituirebbe normativa speciale; in ogni caso, l'art. 107 non affermerebbe alcun principio di cumulo nella stessa persona delle funzioni di Presidente della commissione e di responsabile dell'istruttoria, limitandosi piuttosto a indicare le "funzioni e responsabilità della dirigenza" in linea generale, dipendendo poi dal concreto assetto dell'Ente il reperimento di altri dirigenti per assicurare il rispetto del principio di separazione di cui al menzionato art. 77.

Inoltre, alla stregua dei recenti approdi della giurisprudenza europea, l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale escludente non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, continuando ad esistere, in capo al ricorrente principale, la titolarità dell'interesse legittimo strumentale all'eventuale rinnovazione della gara, mentre l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale. (Cons. Stato, Sez. V 3.3.2022 n. 1536; Cons. Stato, Sez. IV 13.10.2020 n. 6151).

D'altra parte, il vizio denunciato con il ricorso principale avrebbe carattere assorbente rispetto a qualsiasi ulteriore censura, vertendo in una situazione in cui il potere amministrativo non sarebbe stato ancora esercitato da un organo competente. Tale vizio dovrebbe perciò essere sempre scrutinato per primo, in quanto, ove fondato, la valutazione nel merito della controversia sarebbe impedita. Pertanto, in caso di accoglimento del ricorso principale, il ricorso incidentale risulterebbe inammissibile o improcedibile in quanto i verbali di gara impugnati incidentalmente sarebbero già stati caducati. Ove, invece, il ricorso principale venisse respinto il ricorso incidentale dovrebbe essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, poiché l'interesse della aggiudicataria a proporre ricorso incidentale verrebbe meno dal momento che conserverebbe l'aggiudicazione.

Anche la S.U.A. ha chiesto il rigetto del ricorso incidentale per articolate deduzioni di merito.

Le parti hanno scambiato repliche.

Nella pubblica udienza del 16 dicembre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con l'unico articolato motivo di ricorso, la (Omissis) chiede l'annullamento della gara di cui agli atti in epigrafe per illegittima composizione della commissione di gara, il cui Presidente sarebbe stato in condizioni di incompatibilità per aver approvato gli atti di gara, in violazione quindi dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016.

Il motivo è infondato nel merito, ciò che consente al Collegio di poter prescindere dall'esame delle eccezioni di rito.

In giurisprudenza si è già chiarito (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13/03/2014, n. 1257) che *“nelle gare indette dagli enti locali non comporta violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo nella stessa persona delle funzioni di presidente della commissione di gara, di responsabile del procedimento e di soggetto aggiudicatario, risultando ciò conforme ai principi in materia di responsabilità dei funzionari degli enti locali, come delineati dall'art. 107, d.lg. 18 agosto 2000, n. 267”*.

Deve quindi ritenersi, come sostenuto dalle resistenti, che l'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 non trova applicazione all'Ordinamento degli Enti Locali – nell'attuale formulazione di cui al D.lgs. n. 267/2000 – essendo chiaro l'art. 107 del TUEL nell'assegnare ai Dirigenti (cumulativamente) *“la presidenza delle commissioni di gara e di concorso”* e *“la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso”*, senza distinzioni o previsioni analoghe a quelle introdotte (successivamente all'art. 107 del TUEL) dall'art. 77 comma 4 del D.lgs. n. 50/2016.

Quest'ultima norma, sia pure avente carattere di specialità rispetto all'art. 107, non può utilmente derogare all'art. 107 cit. stante la previsione di una efficacia *“rafforzata”* che le proviene dalla previsione di cui al comma 4 del medesimo art. 107, secondo cui *“Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative”* (tenuto conto che l'art. 1, comma 4, prevede che *“Ai sensi dell'art. 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni”*).

Né può sostenersi, come pure prospetta la difesa della parte ricorrente, che l'art. 107 cit. disciplina solo in via generale le funzioni dei dirigenti degli Enti Locali, così che, in sostanza, l'art. 77 comma 4 del d.lgs. 50/2016 si integrerebbe con la prima, imponendo agli Enti Locali di suddividere le responsabilità delle procedure di appalto e la presidenza delle relative commissioni tra vari dirigenti

in servizio (o anche nominati dall'esterno, nei limiti in cui l'Ordinamento lo preveda), perché tale suddivisione (oltre a costituire comunque un'ingerenza nell'autonomia organizzativa specifica che è propria di queste Amministrazioni) colliderebbe con il principio della responsabilità piena dei risultati di gestione che deriva ai Dirigenti dell'Ente Locale dalla previsione del comma 6 dell'art. 107 TUEL (secondo cui i dirigenti sono "direttamente" responsabili, "in via esclusiva", in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione) che presuppone la riferibilità al Dirigente (ed al suo settore di organico) dell'intero procedimento volto al conseguimento del risultato o dell'obiettivo per cui è stata assegnata una determinata risorsa.

Il ricorso va dunque respinto per infondatezza; tenuto conto dei più recenti orientamenti della giurisprudenza (cfr. T.A.R. , Trento , sez. I , 08/08/2022 , n. 151; T.A.R. , Roma , sez. III , 21/03/2022 , n. 3197; T.A.R. , Napoli , sez. IV , 08/03/2022 , n. 1559; Consiglio di Stato , sez. V , 03/03/2022 , n. 1536), ciò preclude al Collegio l'esame del ricorso incidentale, per le ragioni dedotte dalla ricorrente, *"dal momento che l'accoglimento del gravame incidentale escludente in materia di appalti pubblici non può determinare l'improcedibilità del gravame principale, continuando ad esistere in capo al ricorrente principale la titolarità dell'interesse legittimo strumentale all'eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, sia pure estranee al rapporto processuale, il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale."*

L'esposizione che precede, tenuto conto delle difficoltà anche di tipo esegetico nel coordinamento tra le norme esaminate, comporta giusta ragione per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta; dichiara improcedibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE

Pietro Morabito

IL SEGRETARIO