

APPALTI: Contratti della P.A. - Responsabile Unico del procedimento (R.u.p.) - Ruolo di Presidente della Commissione di gara e di Presidente della Commissione giudicatrice - Sussistenza - Incompatibilità tra i ruoli - Dimostrazione - Necessità.

Tar Molise - Campobasso, Sez. I, 14 maggio 2021, n. 175

“[...] il ruolo di R.U.P., nelle procedure di evidenza pubblica, può ben coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della Commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e condizionamento tra gli stessi [...]”.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Spinete, del Comune di San Massimo, del Comune di San Polo Matese, del Comune di Boiano, della Regione Molise, di Bruno Francescone, e della Deloitte Consulting s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Daniele Busico all'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2021, svoltasi con partecipazione da remoto dei magistrati ai sensi ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020, come modificato dall'art. 1 del d.l. n. 183/2020, nonché dell'art. 4 del d.l. 28/2020, e in presenza, ai sensi degli stessi articoli, degli avvocati di cui al verbale;

1. Con ricorso notificato il 7 gennaio 2021 e depositato il successivo giorno 15 la Molise Verso il 2000 s.c.r.l. ha impugnato gli atti relativi alla procedura indetta dal Comune di Spinete - in qualità di ente capofila dell'Area Pilota Interna del Matese, alla quale aderiscono anche i comuni di San Polo Matese, San Massimo e Boiano - per l'affidamento dei “*servizi professionali di animazione territoriale e assistenza tecnica a supporto delle attività dei Comuni dell'Area Pilota Interna MATESE per la realizzazione della Strategia di Area “MATESE” – Intervento H Azioni trasversali a supporto della Strategia d'Area Matese: animazione territoriale e assistenza tecnica, per un corrispettivo inferiore alla soglia comunitaria, ad un unico operatore economico, individuato con procedura negoziata (art. 36 comma 2 lettera b del D. Lgs. 50/2016), con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, comma 3, lettera b) del D. Lgs. 50/2016) con richiesta di offerta (RdO) sul Mercato elettronico della Pubblica amministrazione (M.E.P.A.)*”, gara sfociata nell'aggiudicazione dell'appalto alla società Deloitte Consulting s.r.l..

La ricorrente, seconda classificata, ha affidato il gravame alle seguenti censure: 1) violazione dell'art. 80, c. 5, lettere c, c-bis, f-bis, 10- bis del d.lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione della *lex specialis*, violazione e falsa applicazione della Direttiva 2014/24/UE, violazione del

principio di leale collaborazione con la PA, violazione e falsa applicazione dei principi in materia dei possesso dei requisiti generali per concorrere ad un appalto, difetto di istruttoria e di motivazione; 2) violazione e falsa applicazione art. 93 d.lgs. n. 50/2016 e della *lex specialis*, difetto di istruttoria e di motivazione, eccesso e sviamento di potere; 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016; 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione del regolamento comunale n. 10 del 27.4.2007.

Si sono costituiti in resistenza al ricorso i Comuni di Spinete, San Massimo, San Polo Matese e Boiano, la Regione Molise, la Deloitte Consulting s.r.l. (d'ora innanzi solo "Deloitte") e altresì, in proprio, il RUP della procedura di gara, geom. Bruno Francescone.

Questo T.A.R. con ordinanza n. 43 del 29.1.2021 ha rigettato l'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente, ordinando al contempo al Comune di Spinete l'ostensione integrale dell'offerta tecnica della Deloitte in accoglimento dell'istanza *ex art.* 116 cod.proc.amm. articolata dalla ricorrente avverso il diniego di accesso oppostole dall'Amministrazione.

La ricorrente con atto di motivi aggiunti presentato il 17 marzo 2021 ha indi impugnato gli atti di gara deducendo motivi integrativi sia in ordine alla valutazione espressa dalla Commissione sull'offerta tecnica della concorrente, sia relativamente alla mancata estromissione della Deloitte dalla procedura di gara in ragione delle censure già articolare col ricorso introduttivo.

Le parti hanno depositato memorie.

All'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2021 la causa è stata introitata per la decisione.

2. L'impugnativa è infondata.

3. Occorre preliminarmente rilevare la fondatezza dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla Regione Molise, atteso che nessuno degli atti e provvedimenti impugnati è alla stessa riferibile. Come correttamente argomentato dalla difesa dell'ente, la Regione Molise ha solo approvato la scheda d'intervento e il disciplinare d'obblighi, con il quale il Comune di Spinete si era impegnato a realizzare l'intervento oggetto della gara per cui è causa. La Regione è invece rimasta del tutto estranea alla gestione della procedura di gara, i cui atti sono imputabili esclusivamente al Comune.

4. Col primo motivo la ricorrente deduce che la Deloitte avrebbe violato l'obbligo di comunicare all'Amministrazione ogni condizione ostativa o ipotesi di incapacità, in violazione dell'art. 80, c. 5, lettere c, c-bis, f-bis del d.lgs. n. 50/2016. Ciò perché in sede di gara non aveva portato a conoscenza del Comune di Spinete la sentenza n. 5900, pubblicata dal Consiglio di Stato il 6.10.2020 (ossia, a gara ancora in corso), che aveva confermato la legittimità di un provvedimento

sanzionatorio dell'AGCM a suo tempo emesso a suo carico per un'intesa restrittiva della concorrenza.

Il motivo è infondato.

In primo luogo occorre rilevare che la sentenza del Consiglio di Stato n. 5900/2020 è stata pubblicata il 6 ottobre 2020, solo successivamente alla presentazione delle offerte per la procedura in esame e alla produzione delle relative dichiarazioni di gara della Deloitte, la quale aveva presentato la propria offerta sin dal 26 agosto 2020. E questo dato temporale è essenziale, come ha efficacemente posto in luce la difesa della controinteressata, perché tanto la “*falsità della documentazione o delle dichiarazioni*”, di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), quanto la “*falsità delle informazioni*” o delle “*informazioni dovute*” tipizzate dal comma 5, lett. c-bis), postulano la necessaria conoscenza da parte del concorrente - al momento della presentazione della documentazione richiesta ai fini della partecipazione alle gare pubbliche - della contrarietà al vero di quanto dichiarato.

Dall'esame delle dichiarazioni dell'aggiudicataria emerge, inoltre, che le informazioni da essa fornite alla stazione appaltante erano corrette, complete e aggiornate al momento della presentazione dell'offerta: nel DGUE (e nelle “Dichiarazioni integrative”) l'aggiudicataria è stata puntuale e trasparente nell'indicare la sanzione antitrust irrogata nei propri riguardi, come pure la pendenza - in quel momento della procedura di gara - di un appello proposto dall'AGCM avverso il pronunciamento di prime cure che aveva annullato tale sanzione.

D'altro canto, se è vero che esiste un obbligo informativo e collaborativo in capo al concorrente al momento della presentazione dell'offerta, è vero anche che lo stesso non si estende fino al punto di imporre anche una posteriore attività comunicativa di continuo aggiornamento della stazione appaltante relativamente alle sopravvenute vicende che riguardano il candidato.

Relativamente a queste ultime, infatti, nel caso di specie, una volta che la Deloitte aveva fornito all'Amministrazione l'informazione relativa alla sanzione antitrust e alla circostanza della pendenza dell'appello in Consiglio di Stato, incombeva sulla stazione appaltante l'onere di disporre la necessaria istruttoria (eventualmente anche domandando, in ipotesi, chiarimenti e aggiornamenti alla stessa concorrente).

Da ciò deriva che nessuna reticenza o fraudolento occultamento di dati di fatto può essere imputato all'aggiudicataria.

In definitiva, Deloitte ha puntualmente adempiuto ai propri obblighi dichiarativi rendendo a suo tempo una compiuta informativa, mediante la quale la stazione appaltante è stata messa concretamente nella condizione di operare una piena valutazione sul possesso dei requisiti *ex art. 80*

d.lgs. 50/2016, e, eventualmente, di richiedere in qualsiasi momento alla candidata (come poi successivamente avvenuto) i chiarimenti e le integrazioni ritenute utili alle dichiarazioni rese in gara.

Neppure giova alla ricorrente il richiamo effettuato all'art. 80, comma 10 *bis*, del d.lgs. n. 50/2016, atteso che nei contenuti del motivo non si rinviene alcuna specifica censura riconducibile alla norma, invero solo richiamata nella rubrica del mezzo in esame.

Sul punto può comunque aggiungersi che la Deloitte ha dichiarato (e documentato) di aver proposto, avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 5900/2020, sia un ricorso per cassazione che un ricorso per revocazione: cosicché deve escludersi l'applicabilità, almeno allo stato, dell' "effetto sospensivo automatico" di tre anni previsto dalla disposizione in esame, che richiede all'uopo il passaggio in giudicato della pronuncia.

Il citato comma 10 *bis*, infatti, dispone che nei *"Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso"*.

Venendo poi all'ultimo periodo del comma appena trascritto, occorre sottolineare che nessuna specifica censura è stata mossa dalla ricorrente, né in ricorso né nell'atto di motivi aggiunti, in relazione all'omessa attività di valutazione dell'Amministrazione circa l'eventuale sussistenza dei presupposti di esclusione della Deloitte *"nel tempo occorrente alla definizione del giudizio"*. La censura del primo motivo di ricorso (ripresa con i motivi aggiunti senza altro argomentare) investe difatti solo il comportamento (asseritamente reticente) della candidata, senza ascrivere alla P.A. eventuali carenze o omissioni riconducibili ad eventuali attività doverose omesse.

In ogni caso, infine, successivamente all'aggiudicazione la stazione appaltante non ha mancato di richiedere chiarimenti alla Deloitte in ordine alla sentenza d'appello in questione (cfr. nota del 3 febbraio 2021 e riscontro dell'aggiudicataria del 17 febbraio 2021), chiarimenti i quali sono stati implicitamente valutati in modo positivo dal momento che il Comune ha proceduto, infine, a stipulare il contratto per la procedura in esame.

5. Col secondo motivo la ricorrente deduce la nullità, *ex artt.* 1325, n. 1), e 1418, comma 2, cod.civ., della cauzione prestata dalla Deloitte per difetto di potere rappresentativo del procuratore firmatario, in quanto la procura rilasciata in favore del dott. Crippa – sottoscrittore della cauzione

per il valore del contratto di appalto garantito (di € 140.000,00) – prevedeva un limite di € 100.000,00.

La censura non ha pregio.

Il valore della cauzione provvisoria costituita dalla Deloitte era pari ad euro 2.800,00 euro (cfr. all. 15 della produzione della controinteressata del 25 gennaio 2021), in conformità a quanto previsto dall'art. 9 della lettera di invito che prevedeva, appunto, che l'ammontare della cauzione provvisoria corrispondesse al mero 2% del valore dell'appalto, e non già all'intero. Cosicché è evidente che la procura rilasciata al dott. Crippa risultava ampiamente capiente rispetto al valore della cauzione da versarsi in base alla *lex specialis*, perché gli consentiva di sottoscrivere impegni sino ad un importo di € 100.000,00.

6. Quanto alle censure del terzo mezzo relative all'operato della Commissione in sede di attribuzione alla Deloitte del punteggio relativo al paragrafo 1 dell'offerta ("*Contesto di intervento e del territorio*", al quale è connesso il sub criterio "*coerenza del servizio offerto in termini di conoscenza e comprensione del contesto di intervento e del territorio (sistema normativo, regolamentare e procedurale comunale, nazionale e comunitario relativo alla programmazione fondi strutturali 2014/2020) con indicazione dell'esperienza pregressa in gestione di progetti integrati territoriali e in sviluppo locale*"), deve qui ribadirsi il principio giurisprudenziale acquisito per il quale il sindacato del Giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della Pubblica Amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte e l'attribuzione dei relativi punteggi rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta al suddetto organo.

Le censure che attingono il merito di tale valutazione sono pertanto inammissibili, perché sollecitano il Giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 cod.proc.amm.. Per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente, invero, evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio compiuto: ciò che nel caso di specie non è accaduto in quanto non sono emersi travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dal seggio di gara. Occorre poi aggiungere che, come rilevato dalla difesa dell'aggiudicataria, il paragrafo "Presentazione del proponente" aveva uno scopo meramente illustrativo, senza essere premiante ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico.

7. Per le ragioni appena viste non possono trovare accoglimento neppure le censure proposte dalla ricorrente con l'atto di motivi aggiunti, riflettenti analoghe opinabili valutazioni soggettive con cui

parte ricorrente sollecita, così, un inammissibile sindacato di merito in relazione sia alla mancata indicazione di esperienze pregresse in progetti integrati territoriali (c.d. PIT), sia alla mancata dimostrazione della conoscenza del territorio.

Il giudizio della Commissione sulle esperienze di Deloitte, infatti, non appare affatto abnorme, né sganciato dai criteri di valutazione fissati dalla *lex specialis*, apparendo invece sufficientemente rispondente a quanto richiesto nel capitolato e nel disciplinare in ordine alla valutazione dell'offerta tecnica. Le esperienze pregresse della Deloitte, infatti, in quanto comprendenti servizi specialistici di ampio respiro e coerenti con le richieste dall'amministrazione, sono state adeguatamente valutate dalla Commissione, non essendo prescritto dalla *lex specialis* che il giudizio afferente al sub criterio in questione dovesse concentrarsi esclusivamente sulle attività pregresse riferibili ai c.d. PIT.

Si osserva poi che l'assenza nell'offerta Deloitte delle parti iniziali dei paragrafi 1.1 (esperienze pregresse) e 2.2 (linea di servizio 1) risulta essere poco più che un mero errore materiale nella redazione dello scritto. Esso non comporta affatto la presentazione di un'offerta tecnica carente o incompleta, giacché la medesima è rimasta infatti comunque completamente intellegibile e adeguatamente comprensibile.

Non risponde infine al vero che nell'offerta dell'aggiudicataria non fossero indicati i termini di raccordo con la struttura comunale di riferimento: da un lato, al paragrafo 3.1. dell'offerta, viene dettagliato il modello organizzativo proposto, nonché l'impegno e il coinvolgimento delle risorse adoperate; dall'altro lato, alla pag. 30 dell'offerta tecnica, Deloitte ha previsto che la pianificazione delle attività avverrà con la “[...] *predisposizione di un Piano di Lavoro che definisca la programmazione esecutiva, con la descrizione delle attività, dei prodotti, degli strumenti e delle scadenze relative alla fornitura del Servizio. Tale Piano va inteso non solo come un documento utile alla pianificazione delle attività, bensì come strumento per la review progressiva e periodica del Servizio*”.

Le doglianze si presentano sul punto quindi, oltre che inammissibili, anche infondate.

8. Con l'ultimo e articolato motivo del ricorso il ricorrente mira ad ottenere, in via subordinata, l'annullamento integrale della gara per violazioni di natura procedurale.

Anche tale mezzo deve essere disatteso.

Quanto alla prospettata violazione dell'art. 77 d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza ha ormai più volte ribadito il principio secondo il quale il ruolo di R.U.P., nelle procedure di evidenza pubblica, può ben coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della Commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e

condizionamento tra gli stessi (Consiglio di Stato sez. III, 26/10/2018, n.6082; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24/08/2020, n.949; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. II, 28/04/2020, n.256). La ricorrente non ha tuttavia fornito neppure in parte una simile dimostrazione; essa non ha poi nemmeno specificato in che cosa, nel concreto svolgersi della gara, le dette ipotetiche interferenze sarebbero consistite, ed è così incorsa anche in un deficit di allegazione.

Il Collegio desidera altresì sottolineare che nemmeno sussistono impedimenti di sorta a che il medesimo soggetto cumuli le funzioni di commissario di gara e di direttore dell'esecuzione. Anche a voler accedere ad una lettura rigorosa della disposizione di cui al comma 4 dell'art. 77 citato, che faccia riferimento anche alla figura del direttore esecutivo, e non solo a quella del R.U.P, da ciò si potrebbe desumere, al massimo, l'esistenza di una preclusione al conferimento dell'incarico di direttore esecutivo in capo a chi abbia fatto parte della commissione di gara, ma certamente non anche la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solo in una fase successiva le funzioni di direttore esecutivo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. 4 febbraio 2019, n. 819 e T.A.R. Puglia, sez. II, sent. 30 settembre 2019, n. 1251).

È altresì infondata la critica secondo la quale la Commissione di gara sarebbe stata composta da un numero di quattro membri. Risulta invece dai verbali di gara che il relativo collegio era composto unicamente dai seguenti tre membri, che hanno espresso i loro voti nel seggio: il geometra Bruno Francescone, l'ing. Nicola Fratangelo e il dott. Paolo Gianfagna. Il sig. Matteo Diamete e la dott.ssa Filomena Iapalucci hanno solo assistito la Commissione nelle operazioni di gara, senza esprimere alcun giudizio sulle offerte.

Destituita di fondamento è anche la dedotta violazione del regolamento comunale n. 10 del 27.4.2007, atteso che le determine nn. 63 del 28.8.2020 e 65 del 3.9.2020 di nomina della Commissione si presentano sufficientemente ed adeguatamente motivate.

La complessiva infondatezza delle doglianze relative alla composizione della Commissione di gara (argomentate nel quarto motivo di ricorso) esime il Collegio dal valutarne la tempestività, per come eccepita dalle difese del Francescone.

Rimane da esaminare, a questo punto, la doglianza di parte incentrata sull'omesso preavviso della data di apertura delle offerte (anche in relazione all'asserita violazione dell'art. 30, comma 6, lett. d), del regolamento comunale n. 30/2007).

In proposito va precisato che il Consiglio di Stato ha da tempo risolto la questione della pubblicità nelle gare telematiche, quale è anche quella in esame, affermando i seguenti principi:

a) la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte, in quanto permette automaticamente l'apertura delle

buste in esito alla conclusione della fase precedente, e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta;

2) il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato, nel contesto in discorso, non tanto ai canoni storici che ne hanno guidato l'applicazione, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che supporta le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico), giacché ogni operazione compiuta risulta ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini, è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi, ma anche proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato;

3) le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte, e i sistemi provvedono alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura; l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa (Consiglio di Stato sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388).

In ragione della giurisprudenza appena richiamata, e condivisa dal Collegio, la censura in esame si presenta quindi inidonea a scalfire la legittimità dell'operato della stazione appaltante, in quanto vertente su di un'inosservanza che nel peculiare contesto delle gare telematiche integra una semplice irregolarità non invalidante.

9. Dall'accertata legittimità dell'affidamento dell'appalto in favore della Deloitte consegue l'infondatezza anche delle ulteriori domande (di subentro e risarcitoria) spiegate dalla parte ricorrente.

10. In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere integralmente respinti perché infondati.

Le spese di lite in ragione della novità di alcune delle questioni trattate possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando così provvede:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva della Regione Molise;
- respinge il ricorso e i motivi aggiunti;
- compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso dal T.A.R. per il Molise con sede in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021, svoltasi con la contemporanea e continuativa presenza da remoto dei componenti il collegio ai sensi degli artt. 25 d.l. n. 137/2020, come modificato dall'art. 1 d.l. n. 183/2020, e 4 d.l. n. 28/2020, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Marianna Scali, Referendario

Daniele Busico, Referendario, Estensore