

**APPALTI: Commissione di gara - Nomina dei componenti - Presidente - Soggetto risultato privo della qualifica dirigenziale - Ove la *lex specialis* preveda che la nomina del Presidente possa essere effettuata tramite sorteggio nell'ambito di una lista - Non è illegittima - Ragioni - Fattispecie.**

**Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2022, n. 3507**

*“[...] la materia del contendere si appunta proprio sul significato delle disposizioni del paragrafo 10 del Disciplinare di gara.*

*11. Tali disposizioni prevedevano che la nomina del Presidente avvenisse tramite sorteggio nell'ambito di “una lista di cui potranno far parte dirigenti della Stazione Appaltante, delle Aziende Sanitarie della Regione Lazio, nonché di altre Stazioni Appaltanti”.*

*Per quanto riguarda invece la nomina degli altri componenti, esse rinviavano a un sorteggio da una lista composta da “esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto”.*

*Orbene, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., le predette disposizioni non comportavano affatto che il Presidente della Commissione dovesse necessariamente essere un dirigente, in quanto la lista da cui il suo nominativo sarebbe stato estratto non doveva comprendere solo ed esclusivamente personale in possesso della qualifica dirigenziale: l'uso del predicato “potranno” comporta che di quella lista avrebbero potuto far parte anche soggetti non in possesso di tale qualifica.*

*Per converso, il riferimento alla qualifica di “esperti” per i soggetti inseriti nella lista da cui estrarre gli altri componenti della Commissione non comporta affatto che fosse precluso che costoro fossero anche dirigenti.*

*Ne discende che, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., il fatto che – come avvenuto nel caso di specie – potesse farsi luogo a una Commissione in cui il Presidente non era in possesso della qualifica dirigenziale, mentre gli altri componenti lo erano, costituiva evenienza “fisiologica” ricompresa nel novero delle possibilità consentite dalla *lex specialis* [...]”.*

## FATTO e DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha in parte dichiarato inammissibile (in relazione ai lotti per i quali la ricorrente non ha presentato domanda di partecipazione), e in parte respinto il ricorso introduttivo e i tre ricorsi per motivi aggiunti proposti da Team Service per l'annullamento degli atti della gara, suddivisa in 17 lotti, per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione delle aziende sanitarie della Regione Lazio.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, la Regione Lazio, il Consorzio Nazionale Servizi società cooperativa (C.N.S.), la società consortile per azioni Copernico, Dussmann Service S.r.l., L'Operosa S.p.a., Pulinet Servizi S.r.l.

Pulinet, Dussmann, e il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa hanno altresì proposto appello incidentale.

Con ordinanza n. 122/2022 è stata respinta la domanda di sospensione cautelare degli effetti della sentenza impugnata.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 21 aprile 2022.

2. Il ricorso di primo grado ha contestato la legittimità del provvedimento di nomina della Commissione di gara in quanto quest'ultima è stata presieduta da un Commissario privo della qualifica dirigenziale.

Tale requisito, ad avviso della ricorrente, si imponeva sia per effetto dell'art. 84, comma 3, del d. lgs. n. 163 del 2006 (da ritenersi vigente nel regime transitorio di cui all'art. 216, comma 12, del d. lgs. n. 50 del 2016); sia in conseguenza della previsione in tal senso contenuta nel paragrafo 10 del Disciplinare di gara.

3. Nel corso del giudizio di primo grado questa Sezione, investita dell'appello avverso l'ordinanza cautelare del T.A.R. n. 7501/2021, con ordinanza collegiale n. 498/2021 ha disposto acquisirsi *“dalla Regione Lazio documentati chiarimenti in merito alle seguenti circostanze: se, a seguito delle rinunce dei componenti originariamente individuati, la lista nella quale gli stessi erano inclusi fosse ancora capiente; in caso di risposta affermativa al quesito precedente, per quale ragione la stazione appaltante si sia determinata diversamente, attingendo a diversa lista”*.

Quindi, con successiva ordinanza cautelare n. 350/2021, *“Ritenuto che, anche alla luce della disposta istruttoria (dalla quale emergono peraltro plausibili elementi nel senso della conformità della condotta della stazione appaltante alla lex specialis), la misura che consente il contemperamento delle contrapposte esigenze dedotte appare essere quella di cui all'art. 55, comma 10, cod. proc. amm., e che nelle more l'amministrazione appellata deve essere onerata del deposito in giudizio della nota prot. 309494 del 25 maggio 2018, impregiudicata ogni valutazione della rilevanza del contenuto della stessa”*), ha disposto fissarsi il merito in primo grado.

4. Il T.A.R., rigettate le eccezioni preliminari delle controinteressate, e dichiarati inammissibili i ricorsi nella parte in cui con essi si è impugnata anche l'aggiudicazione dei lotti per i quali Team Service non ha partecipato alla gara, ha ritenuto che in realtà il richiamato regime transitorio ex art. 216, comma 12, del d. lgs. n. 50/2016 non implicasse la perdurante vigenza dell'art. 84, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006 (richiamando anche la sentenza di questa Sezione n. 6433/2020); e che la

prescrizione del Disciplinare potesse, nel caso di specie (caratterizzato da una non perspicua formazione e tenuta delle liste dei soggetti cui attingere per l'individuazione dei componenti), considerarsi adempiuta con la presenza nella Commissione di almeno una figura con qualifica dirigenziale.

Il T.A.R. ha, in particolare, ritenuto che le due liste predisposte dall'Amministrazione fossero sostanzialmente fungibili, e non necessariamente distinte, come ritenuto dall'appellante.

In quest'ottica il Disciplinare si sarebbe preoccupato di individuare due tipologie di requisiti, e non due liste: dal che discenderebbe il rispetto comunque della prescrizione, così intesa.

5. Con l'unico motivo di appello, Team Service contesta la sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto le operazioni di nomina della Commissione conformi al disciplinare di gara.

L'appellante deduce che il primo giudice ha correttamente ricostruito, nei fatti, il *modus operandi* della stazione appaltante, ma avrebbe errato nell'affermare che *“Il fatto che invece sia stata formata un'unica lista non faceva venir meno, astrattamente, l'obbligo per l'Amministrazione di nominare il Presidente solo ed esclusivamente tra i soggetti in possesso della qualifica dirigenziale. Ma la previsione di nominare il Presidente solo tra i dirigenti va letta insieme a quella secondo cui gli altri 2 componenti era sufficiente che fossero “esperti” della materia, pur senza essere dirigenti. Cosicché “almeno” un componente, cioè il Presidente, doveva essere dirigente, per le diverse competenze ed esperienze che si presume questo possieda; e questa presunzione non consente normalmente di ritenere che la nomina, al suo posto, di un qualsiasi “esperto”, possa essere ritenuta equivalente. In questo caso, però, per una confusione generata anche dall'aver creato un'unica lista, gli altri 2 componenti sono stati sorteggiati tra soggetti in possesso della qualifica dirigenziale, per cui ritenere viziata la composizione della commissione solo perché anche il Presidente dirigente non era, significherebbe far ricorso a una mera formalità, visto che la presenza di almeno un dirigente della commissione è stata certamente garantita. E d'altra parte, né il bando e né il disciplinare attribuiscono al Presidente particolari compiti da svolgere, diversi rispetto a quelli degli altri due componenti, tali da ritenere che egli, a prescindere dalla qualifica ricoperta dagli altri 2 membri, o dalle loro competenze ed esperienze, debba comunque essere in possesso di qualifica dirigenziale. Vale a dire che il disciplinare avrebbe potuto anche prevedere che non necessariamente il Presidente dovesse essere dirigente, ma “almeno” un componente, cioè uno qualsiasi. Cosicché l'aver nominato quale Presidente la dr.ssa Raguzzini, che dirigente non è, non può viziare la nomina della commissione, e tutto il conseguente procedimento”*.

Secondo l'appellante la soluzione del primo giudice frustrerebbe le esigenze di trasparenza nonché di competenza cui era preordinata la previsione del Disciplinare.

In particolare, si sostiene che non senza significato le funzioni attribuite alla figura organizzatoria del Presidente si sarebbero dovute attribuire a soggetto in possesso della qualifica dirigenziale.

6. La controinteressata Copernico ha riproposto – *ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm.* – l’eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto “*del tutto astratto*”, ed “*incentrato esclusivamente sulla legittimità della nomina della commissione*”, in assenza “*di collegamento con qualsivoglia concreta lesione*”.

7. Ha proposto appello incidentale il C.N.S., rivolto contro i capi della sentenza che hanno rigettato le eccezioni in rito formulate nel giudizio di primo grado:

7.1. in relazione alla ritenuta tardività del ricorso;

7.2. in relazione all’interesse di Team Service a dedurre l’illegittimità della nomina della Commissione senza specificare quale ridondanza tale vizio avrebbe avuto in punto di valutazione dell’offerta della ricorrente (classificatasi agli ultimi posti in tutti i lotti).

7.3. Con il terzo motivo di appello incidentale C.N.S. ha inoltre contestato la sentenza gravata in merito alla corretta interpretazione dell’art. 10 del Disciplinare di gara.

8. Anche Dussmann Service ha proposto appello incidentale:

8.1. contro il capo della sentenza di primo grado che ha rigettato le eccezioni (della stessa Dussmann e di C.N.S.) relative agli effetti di un’eventuale declaratoria di illegittimità degli atti di nomina della Commissione, che l’appellante incidentale ritiene essere il frutto di un travisamento dell’eccezione da parte del primo giudice (se la caducazione di tali atti implicasse rinnovo della procedura, ovvero soltanto la nomina di una nuova Commissione e la valutazione da parte di questa delle medesime offerte presentate);

8.2. contro il capo della sentenza di primo grado che ha rigettato le eccezioni con cui si lamentava che il ricorso non deduceva alcuna refluenza, se non sul piano meramente formale, dell’illegittimità della nomina della Commissione sulla validità degli atti da questa compiuti;

8.3. contro il capo della sentenza di primo grado relativo all’interpretazione dell’art. 10 del Disciplinare.

Dussmann ha inoltre dedotto l’inammissibilità dell’appello principale in quanto affidato (anche) ad argomentazioni introdotte per la prima volta in grado d’appello.

9. Pulinet Servizi S.r.l. ha anch’essa proposto appello incidentale, deducendo:

9.1. l’erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha respinto l’eccezione di inammissibilità del ricorso perché cumulativamente rivolto contro tutti i lotti di gara “*compresi quelli ai quali Team Service non ha preso parte*”;

9.2. la mancata impugnazione da parte dell'appellante della deliberazione n. 581 del 7 luglio 2021 con cui si è dato seguito all'aggiudicazione, in favore di essa appellante incidentale, del lotto n. 6: a suo dire *“Il ricorso di Team Service quanto al lotto 6 è dunque divenuto improcedibile e/o inammissibile, stante l'intervenuto consolidamento del provvedimento autonomamente assunto dal Policlinico Tor Vergata”*;

9.3. la ritenuta tardività dell'impugnazione del provvedimento di nomina della Commissione;

9.4. l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di carenza d'interesse in relazione al perimetro dell'effetto caducatorio (dal quale andrebbero esclusi gli atti anteriori alla nomina, senza rinnovazione delle operazioni di gara: v. sentenza n. 5441/2014 della V Sezione) e dunque all'interesse a coltivare il ricorso;

9.5. l'erroneità della sentenza gravata nella parte relativa alla ricostruzione della disciplina della *lex specialis* in punto di necessità della qualifica dirigenziale.

10. Osserva il Collegio che devono essere esaminati con priorità logica i motivi degli appelli incidentali con i quali si contesta la statuizione della sentenza di primo grado relativa al profilo – sostanziale – inerente il regime della composizione della Commissione di gara.

Tali mezzi lamentano che il T.A.R., pur pervenendo poi a reiezione dell'impugnazione articolata per la ragione sopra richiamata, ha seguito l'interpretazione della *lex specialis* della gara in relazione alla nomina della Commissione posta a fondamento del ricorso di primo grado, dagli appellanti incidentali ritenuta non condivisibile.

Va anzitutto chiarito che la sentenza di primo grado non è oggetto di impugnazione in relazione alla premessa argomentativa che afferma l'inapplicabilità dell'articolo 84 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (invocato dalla ricorrente in primo grado), e pertanto la necessità, ai sensi dell'articolo 216, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di seguire le *“regole di competenza e trasparenza”* preventivamente individuate dalla stazione appaltante.

Ciò posto, la materia del contendere si appunta proprio sul significato delle disposizioni del paragrafo 10 del Disciplinare di gara.

11. Tali disposizioni prevedevano che la nomina del Presidente avvenisse tramite sorteggio nell'ambito di *“una lista di cui potranno far parte dirigenti della Stazione Appaltante, delle Aziende Sanitarie della Regione Lazio, nonché di altre Stazioni Appaltanti”*.

Per quanto riguarda invece la nomina degli altri componenti, esse rinviavano a un sorteggio da una lista composta da *“esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto”*.

Orbene, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., le predette disposizioni non comportavano affatto che il Presidente della Commissione dovesse necessariamente essere un dirigente, in quanto

la lista da cui il suo nominativo sarebbe stato estratto non doveva comprendere solo ed esclusivamente personale in possesso della qualifica dirigenziale: l'uso del predicato “*potranno*” comporta che di quella lista avrebbero potuto far parte anche soggetti non in possesso di tale qualifica.

Per converso, il riferimento alla qualifica di “*esperti*” per i soggetti inseriti nella lista da cui estrarre gli altri componenti della Commissione non comporta affatto che fosse precluso che costoro fossero anche dirigenti.

Ne discende che, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., il fatto che – come avvenuto nel caso di specie – potesse farsi luogo a una Commissione in cui il Presidente non era in possesso della qualifica dirigenziale, mentre gli altri componenti lo erano, costituiva evenienza “*fisiologica*” ricompresa nel novero delle possibilità consentite dalla *lex specialis*.

12. Così ricostruito il significato della prescrizione in esame, va altresì osservato che esso non è privo di logica: mirando a combinare, all'interno della Commissione, il possesso sia di competenze di natura amministrativa (rivenienti dalla qualifica dirigenziale), sia del sapere specifico relativo all'oggetto del contratto da aggiudicare (conseguente alla sussunzione nella categoria degli “*esperti*”).

Essendo incontestato fra le parti che all'interno della Commissione vi fossero componenti muniti di entrambe le qualifiche, la circostanza che il componente munito di qualifica dirigenziale non rivestisse la funzione di Presidente non può dirsi contraria – per le ragioni fin qui esposte – né al regime posto dalla prescrizione del Disciplinare di cui si discute, né all'esigenza (di cui tale prescrizione si è fatta carico) di assicurare che la Commissione si avvallesse, nel suo funzionamento, delle competenze portate dalla qualifica dirigenziale: posto che non è dato ragionevolmente inferire che la funzione di componente privo della funzione di vertice possa aver limitato in qualche modo l'apporto del contributo di competenze proprio di tale qualifica.

Dal che discende la fondatezza delle censure in esame.

13. Come accennato, le appellanti incidentali (nonché l'appellata Copernico in via di eccezione) hanno altresì dedotto, sotto più profili, l'inammissibilità del ricorso di primo grado in relazione all'interesse che lo supporta, con riferimento principalmente al profilo della genericità delle censure.

Nel caso in esame Team Service, nulla ha dedotto in merito alla refluenza della prospettata illegittimità della nomina in punto di (il)legittimità della valutazione delle offerte: la censura mira alla riedizione della gara, ma senza specificare la ragione per cui il difetto di qualifica dirigenziale in capo al Presidente della Commissione avrebbe condotto al risultato per essa penalizzante.

In ragione della fondatezza delle censure appena esaminate, relative al merito della pretesa, tale censura incidentale può ritenersi assorbita (anche alla luce della giurisprudenza di questa Sezione, da ultimo richiamata nella sentenza n. 5194/2021, resa peraltro su fattispecie relative a profili di incompetenza sostanziale e non, come in questo caso, formale: ad essa si rinvia anche in merito all'infondatezza delle censure che in via incidentale deducono la tardività dell'impugnazione del provvedimento di nomina della Commissione), al pari di ogni altra questione dedotta, in rito, dalle appellate in via di eccezione o con appello incidentale (inclusa quella relativa all'impugnativa cumulativa dei provvedimenti relativi a differenti lotti della gara, anche alla luce della sentenza di questa Sezione n. 1455/2021, in considerazione del fatto che sussistono i requisiti di identità di posizioni giuridiche e di censure che giustificano il ricorso cumulativo; mentre non può ritenersi che l'originaria – ed impropria – estensione del gravame anche ai lotti per i quali la ricorrente non aveva presentato offerta possa travolgere l'ammissibilità del ricorso in relazione ai lotti residui).

14. La fondatezza degli appelli incidentali, in ragione delle considerazioni dianzi svolte in ordine alla corretta interpretazione da dare alle disposizioni del disciplinare, comporta il rigetto dell'appello principale, in relazione al quale può affermarsi che esso è improcedibile nella parte in cui contesta la ritenuta (dal T.A.R.) fungibilità tra Presidente e componenti della Commissione nel possesso della qualifica dirigenziale, essendo superato in virtù dell'accoglimento degli appelli incidentali (che assorbe questa erronea affermazione del primo giudice).

Contrariamente a quanto dedotto dall'appellante principale, che imputa al T.A.R. di aver ammesso una non consentita “*disapplicazione*” della *lex specialis*, in realtà l'attribuzione a quest'ultima del suo esatto significato letterale e teleologico evidenzia come questo profilo di censura sia viziato da erroneità del presupposto interpretativo: l'accoglimento, sul punto, degli appelli incidentali dimostra che una corretta applicazione della stessa conduce allo scrutinio della legittimità degli atti impugnati in primo grado e dunque al rigetto del relativo ricorso, senza che tale esito possa in alcun modo implicare una disapplicazione della legge di gara.

15. Alla luce delle superiori osservazioni, appare priva di rilievo la questione, pure agitata dall'appellante principale, relativa al *modus operandi* del seggio di gara, e in particolare se nella specie l'Amministrazione avrebbe dovuto predisporre due liste (come sembra risultare da una lettura del Disciplinare) ovvero una sola (come sembra essere in fatto avvenuto).

Tale questione è anzitutto estranea al *thema decidendum* non avendo costituito, come rilevato dalle parti appellate, oggetto di un motivo di impugnazione in primo grado.

In ogni caso ciò che appare dirimente è che essa, nel merito, è ininfluenza ai fini dello scrutinio delle censure proposte con il ricorso di primo grado, una volta che si sia accertato il rispetto del

Disciplinare (come correttamente interpretato) in punto di compresenza di esperti e di dirigenti (e di fungibilità del ruolo di Presidente): tale conclusione rende infatti la modalità organizzativa seguita nella gestione delle liste, in quanto strumentale al ridetto obiettivo, altrettanto fungibile ed insuscettibile di produrre conseguenze invalidanti, proprio perché la funzione della doppia lista era evidentemente quella di assicurare la richiamata compresenza, sicché il risultato avuto di mira dalla disposizione, ancorché ottenuto con modalità organizzative equivalenti, risulta conforme alla *lex specialis*.

L'affermazione dell'appellante principale della rigida necessità di operare il sorteggio dalle due liste è viziata, *a monte*, dall'assunto di fondo: vale a dire dalla convinzione che i ruoli all'interno della Commissione dovessero essere rigidamente separati in relazione alle qualifiche di accesso (il che, come si è visto, è una conclusione non autorizzata da una serena lettura del Disciplinare).

16. In conclusione gli appelli incidentali devono essere accolti, nei sensi sopra esposti, e l'appello principale deve essere conseguentemente dichiarato improcedibile.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie gli appelli incidentali nei sensi di cui in motivazione, e dichiara improcedibile l'appello principale, per l'effetto confermando con diversa motivazione la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese del giudizio, liquidate in complessivi euro dodicimila/00, oltre accessori come per legge, in ragione di euro duemila/00 oltre accessori in favore di ciascuna parte appellata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO