

**N. 05441/2014REG.PROV.COLL.**

**N. 03576/2014 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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3576 del 2014, proposto dall'Impresa individuale Capuano Pietro Antonio, in persona del titolare, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Titomanlio, con domicilio eletto presso Federico Titomanlio in Roma, via Cola di Rienzo n.111;

***contro***

Comune di Anzano di Puglia, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi e Antonio L. Deramo, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00388/2014, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di realizzazione dell'intervento di efficientamento energetico e miglioramento della sostenibilità ambientale della palestra

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Anzano di Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2014 il Consigliere Carlo Schilardi e uditi per le parti gli avvocati Federico Titomanlio e Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con determinazione n. 66 del 29 marzo 2013 il Comune di Anzano di Puglia bandiva una gara per l'aggiudicazione, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei "lavori di realizzazione dell'intervento di efficientamento energetico e miglioramento della sostenibilità ambientale della palestra della scuola secondaria di 1° grado".

La commissione giudicatrice, composta dal presidente ing. Domenico Ianniciello, responsabile del settore tecnico del Comune di Anzano di Puglia, dall'arch. Luigi Troso, responsabile del IV settore del Comune di Accadia, componente, e dal geom. Giuseppe Di Paola, dipendente del settore tecnico del Comune di Anzano di Puglia, componente e segretario verbalizzante, redigeva la graduatoria finale, nella quale l'impresa individuale del sig. Pietro Antonio Capuano risultava al primo posto, con punti 81,20 su 100 e un ribasso del 5,48% sul prezzo a base d'asta, con conseguente aggiudicazione definitiva dei lavori in suo favore.

1a. Con nota del luglio 2013, il Comune comunicava al sig. Capuano l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela della gara per asserita violazione dell'art. 84, comma 4, D.Lgs. 163/2006, avendo il geom. Di Paola svolto le funzioni di R.U.P. (responsabile unico del procedimento) e di componente della commissione giudicatrice e, dopo avere esaminato le osservazioni presentate dall'impresa ricorrente, con provvedimento n. 146 del 31 luglio 2013 venivano annullati gli atti della procedura.

2. Avverso la comunicazione di avvio del procedimento, il successivo provvedimento comunale n. 146/2013, a firma del responsabile del settore tecnico del Comune di Anzano di Puglia di annullamento in autotutela della procedura di gara e di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali, il sig. Pietro Antonio Capuano ricorreva al T.A.R. per la Puglia chiedendone l'annullamento.

Il sig. Capuano eccepiva, anche, l'illegittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4, D.Lgs. 163/2006 per contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost. e, in via subordinata rispetto alle domande principali, la condanna al risarcimento del danno ingiusto cagionato dalla condotta del Comune.

3. Il T.A.R. per la Puglia con sentenza n. 388 del 30 gennaio 2014, depositata il 27 marzo 2014, ha respinto il ricorso.

4. Avverso la sentenza il sig. Pietro Antonio Capuano, quale titolare della omonima ditta individuale, ha proposto appello, avanzando quattro motivi di censura sostanzialmente ripetitivi di quelli già esaminati dal T.A.R..

Il Comune di Anzano di Puglia si è costituito in giudizio ed ha chiesto il rigetto dell'appello.

Con il primo motivo l'appellante censura la sentenza lamentando la violazione dell'art. 84, comma 4, del D.lgs. n. 163/2006, avendo il Tribunale ritenuto che i dipendenti comunali che hanno diretto o collaborato all'istruttoria del procedimento siano incompatibili con le funzioni di componenti della commissione di gara per l'aggiudicazione del relativo appalto.

Sul punto l'impresa sostiene che la richiamata norma non riguarderebbe i componenti dipendenti della stazione appaltante, ma solo i componenti esterni.

Con il secondo motivo di censura l'appellante sostiene che la sentenza impugnata non avrebbe rilevato il difetto di motivazione da cui sarebbe affetto il provvedimento di auto annullamento del Comune, perché la motivazione addotta, di annullare la gara "in maniera da non esporre la procedura a contenziosi il cui

esito ... sarebbe pressoché scontato", non sarebbe sufficiente, mancando l'indicazione di un "interesse specifico, diverso da tale esigenza ...".

L'appellante lamenta, altresì, violazione del principio di leale collaborazione, non avendo l'amministrazione preso in esame le osservazioni formulate a seguito della comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela.

Con il terzo motivo di censura l'appellante lamenta eccesso di potere per sviamento, avendo il Comune intrapreso il procedimento in autotutela solo su segnalazione di una delle imprese partecipanti.

Con il quarto motivo di censura l'appellante lamenta eccesso di potere per sviamento, violazione dell'art. 78 D.Lgs. 267/2000, violazione dell'obbligo di imparzialità e terzietà, essendo stato il provvedimento di annullamento emesso dal presidente della commissione che, quale dirigente del Comune, ha anche nominato la commissione stessa e diretto i lavori. L'appellante lamenta, inoltre, che il T.A.R. avrebbe disatteso la domanda subordinata di annullamento non dell'intera procedura, ma solo degli atti successivi alla nomina della commissione, con sostituzione del componente in condizione di incompatibilità.

L'appellante, infine, chiede la riforma della sentenza impugnata, quanto alla reiezione della domanda risarcitoria da lui avanzata in via subordinata e ripropone la eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4, D.Lgs. 163/2006 per presunto contrasto con gli artt. 3 e 97 Costituzione.

All'udienza pubblica del 14 ottobre 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

5. Con il primo motivo di censura, l'appellante sostiene, circa l'incompatibilità dei componenti delle commissioni di gara negli appalti pubblici, "... che il comma 4 dell'art. 84 non riguarda i componenti - dipendenti della Stazione appaltante, ma i componenti esterni (cfr. pag. 6 del ricorso di primo grado)". Sostiene, poi, che "la sentenza ha travisato l'inequivoca prospettazione del motivo senza avvedersi che

l'impresa aveva sostenuto che la situazione del geom. Di Paola non presentava incompatibilità, trattandosi di un dipendente del Comune e quindi di un membro interno che, a differenza di quelli esterni (oggetto dell'incompatibilità sancita dal comma 4), non aveva interessi privati da far valere."

6. Orbene, diversamente da quanto ritenuto dall'appellante, si deve osservare che l'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006, relativo alla composizione della commissione giudicatrice, per il caso di aggiudicazione di un appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al comma 4 prevede che i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Come evidenziato da ricorrente giurisprudenza, l'incompatibilità mira a garantire l'imparzialità dei commissari di gara che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti (Consiglio di Stato, sez. VI, 29.12.2010, n. 9577; sez. V, 22.6.2012, n. 3682).

L'ottavo comma dell'art. 84 citato, prevede che i commissari diversi dal presidente siano selezionati fra i funzionari della stazione appaltante e che, in caso di accertata assenza nell'organico di adeguata professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, siano scelti tra i funzionari di amministrazioni aggiudicatrici a termini dell'art. 3, comma venticinquesimo, ovvero con criterio di rotazione tra gli appartenenti alle categorie dei professionisti, con almeno 10 anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali e dei professori universitari di ruolo.

E' evidente, quindi, che l'incompatibilità riguarda i componenti dipendenti dalla

stazione appaltante e non gli esterni, fermo restando che anche per questi ultimi, quando occorra fare ricorso ad essi, la norma mira a disciplinarne la nomina secondo un criterio di imparzialità, quale predicato all'articolo 97 della Costituzione, obbiettivizzando, per quanto possibile, la scelta dei componenti delle commissioni, per sottrarla a possibili elementi di eccessiva discrezionalità o di arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice che possano pregiudicarne proprio la trasparenza e l'imparzialità (Consiglio Stato, sez. V, 25.7.2011, n. 4450).

Come evidenziato dal T.A.R. nella sentenza appellata, il geom. Di Paola ha pacificamente svolto il ruolo di responsabile unico del procedimento, proprio con riferimento alla procedura di gara in cui è stato nominato come componente della commissione giudicatrice, in difformità dalla norma, che ammette il cumulo delle responsabilità della gara di appalto solo con riferimento alla "presidenza" della commissione in capo ai "dirigenti" degli enti locali.

Il Comune ha, quindi, correttamente tenuto conto della norma ed a essa si è attenuto nell'adottare il provvedimento di autotutela.

6b. Diversamente da quanto ritenuto dall'appellante, il legislatore, con le disposizioni in questione, ha inteso evitare che nella commissione fosse presente il R.U.P., che nella fase propedeutica alla gara è stato il primo partecipe delle opere da eseguire.

Non può quindi sostenersi che il provvedimento in autotutela del Comune pecchi di motivazione, trovando fondamento nell'esigenza di non adottare provvedimenti illegittimi, con danno materiale e di tempo per l'ente, ma anche per gli stessi concorrenti.

A nulla rileva che l'amministrazione si sia determinata anche in relazione ad una segnalazione di un'impresa partecipante alla gara, stante la necessità, comunque, che il provvedimento fosse adottato.

6c. Parimenti inconferente è la ritenuta disparità di trattamento che l'art. 78 del

D.lgs. n. 267/2000 determinerebbe, tra la posizione del componente semplice della commissione e il presidente, dirigente del Comune, perché l'art. 84 del codice dei contratti esclude qualsiasi incompatibilità per tale figura nell'ambito della burocrazia, mentre l'art. 78 evocato riguarda solo ipotesi d'incompatibilità degli amministratori degli enti locali.

6d. Correttamente, ancora, il provvedimento di auto annullamento è stato adottato dal dirigente dell'area tecnica, essendo egli competente al riguardo alla luce della distinzione dei poteri e attribuzioni tra amministratori elettivi, cui sono riservati compiti di indirizzo e funzionari cui competono, come nel caso di specie, compiti di gestione e di amministrazione attiva.

La legge di riferimento all'art. 107 ribadisce, del resto, il principio della distinzione tra funzione politica e funzione amministrativa, già previsto dall'art. 97 della Costituzione e affermato dalla legge n. 142/1990.

L'appellante insiste, infine, in via subordinata, nella richiesta di annullamento parziale degli atti di gara, sostenendo che "la sentenza appellata ... oblitera la ben più pregnante motivazione contenuta nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 30/2012 che ha fatto giustizia di una concezione formalistica del principio di segretezza; per non dire che la soluzione avallata dalla sentenza appellata conduce allo stesso risultato perché i concorrenti alla nuova gara non faranno altro che calibrare la propria offerta su quella che era risultata vincitrice dell'aggiudicazione annullata".

8. Anche tale tesi non può essere condivisa.

8a. Questo Consiglio di Stato, con sentenza dell'adunanza plenaria n. 13 del 7.5.2014, ha evidenziato che la previsione di legge di cui al comma 4, come il precedente storico contenuto nell'art. 21, comma 5, della legge n. 109 del 1994, è evidentemente destinata a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti

(progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale.

E dalla suddetta sentenza si ricava che l'interesse pubblico rilevante nella problematica de qua è, non tanto e non solo quello della imparzialità cui è in ogni caso esso è riconducibile (anche se la deroga per il presidente ne costituisce evidente attenuazione), ma anche la volontà di assicurare che la valutazione sia il più possibile "oggettiva" e cioè non "influenzata" dalle scelte che l'hanno preceduta, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara.

Nella sentenza, l'Adunanza Plenaria evidenzia, poi, che "è naturale che, secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, commi 4 e 10, comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento".

Da ciò la doverosità, per il Comune, di agire tempestivamente in tali termini, in via di autotutela, per evitare che la prosecuzione della procedura di gara comportasse ben più gravi conseguenze e, sotto questo profilo, nessun comportamento colposo può essere addebitato al Comune di Anzano di Puglia.

8b. Sul piano della legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4, del D.lgs. n. 163/2006, nessun fraintendimento è, infine, ascrivibile al T.A.R., atteso che il Tribunale, quanto all'eventuale contrasto della norma con gli artt. 3 e 97 della Costituzione, ha evidenziato "che la medesima questione è stata già esaminata e respinta dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 401/2007, e si palesa, pertanto, inammissibile".

Conclusivamente l'appello va respinto e con esso, conseguentemente, la domanda risarcitoria avanzata.

Attesa la complessità interpretativa della materia oggetto del contendere,



sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **04/11/2014**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)