SENTENZA N. 1757 del 19/12/2016 TAR LOMBARDIA SEZ. STACCATA DI BRESCIA-

R.U.P PRESIDENTE COMMISSIONE DI GARA

L'Azienda Speciale Consortile Per i servizi Alla Persona - Ambito Distrettuale N.3- Brescia Est, con bando approvato con deliberazione 30 maggio 2016 n°46, indiceva gara di appalto per l'affidamento, con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di ristorazione per il periodo dal 1 settembre 2016 al 31 agosto 2023 per i Comuni di Botticino, Capriano del Colle, Nuvolera, Nuvolento e Mazzano -CIG 6709537516.

Alla gara hanno partecipato solamente due società di ristorazione la prima XX classificatasi vincitrice con 90,53 punti e la seconda YY con 87,20 punti. Con delibera n.64 del 30/08/2016 il consiglio di Amministrazione dell'Azienda ha confermato l'aggiudicazione alla ditta XX.

Puntualmente la seconda classificata impugnava l'aggiudicazione e proponendo ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sez. staccata di Brescia. Fra i vari motivi di ricorsi quello più interessante era il seguente:

La ricorrente sosteneva la violazione degli artt. 77 e 31 del d. lgs. 18 aprile 2016 n°50, per essersi il Responsabile unico del procedimento – RUP nominato anche *presidente della commissione di gara, il che sarebbe a suo dire vietato dalle norme* citate.

Secondo i giudici tele motivo di ricorso è infondato ,"poiché la norma dell'art. 77 prima parte del d. lgs. 50/2016 invocata è destinata a valere solo a regime, ovvero dopo che sarà stato creato l'albo dei commissari cui essa allude, e che al presente ancora non esiste; sino a quel momento, ai sensi del comma 12, "*la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante*".
"In tal senso, il cumulo delle funzioni di RUP e di presidente della commissione di gara non viola le regole di imparzialità, come ritenuto da costante giurisprudenza, che argomenta in termini di principio, e non con riguardo ad una specifica disciplina delle gare, e quindi si deve ritener condivisibile anche nel vigore della nuova normativa".
In tal senso (C.d.S. sez. V 20 novembre 2015 n°5299 e 26 settembre 2002 n°4938)."

Il TAR si è pronunciato, inoltre, sulla possibilità, anche dopo l'entrata in vigore dell'albo di cui all'art. 77 del nuovo Codice appalti, che possano essere cumulate le funzioni di presidente della commissione e di RUP. Su tale questione ha dato esito positivo, ravvisando che ciò non implica una violazione del principio di imparzialità.

- Nella sentenza n.5299/2015 il Consiglio di Stato affermava " Osserva al riguardo il Collegio che, ai sensi del comma 3 dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, "*a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso*".
Poiché non sussiste incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, analogamente si deve ritenere che non possa sussistere incompatibilità di un dirigente dell'ente locale che abbia svolto le funzioni di presidente del seggio e di responsabile del procedimento, al quale sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara
Pertanto Il T.A.R. pronunciandosi definitivamente sul ricorso, lo respinge ,confermando la legittimità dell'operato della stazione appaltante.
Sintesi a cura del Presidente della Commissione Monitoraggio Bandi LL.PP. e rapporti con ANAC