TAR Lazio, sezione terza, sentenza n. 7852 del 3 luglio 2021

Commissione giudicatrice – Nomina componenti – No operatività del principio di rotazione – Sospensione della norma

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4234 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da ....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti ……., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

..... S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti ……, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio …….. in Roma, via ……;

nei confronti

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ……, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, ……;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della delibera n.33 in data 11.03.21, con cui il Direttore Acquisti di ..... ha disposto l'aggiudicazione a favore di ..... della gara a procedura aperta n.76389350, finalizzata all'istituzione di Accordi Quadro con singolo operatore economico per l'affidamento dei servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali di ..... s.p.a., relativamente al Lotto DPR Liguria;

della lex specialis di gara, nelle parti che verranno in seguito specificate;

della delibera del Direttore Acquisti di ..... n.74 del 03.06.20 per la costituzione della Commissione giudicatrice;

dei verbali delle sedute di gara;

per la declaratoria d'inefficacia del contratto, ove stipulato, con condanna della Stazione appaltante a disporre il subentro nell'esecuzione dello stesso in favore dell'odierna esponente, che a tal fine si dichiara sin d'ora disponibile, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., ovvero a ripetere la procedura di gara;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti

per l'annullamento

- della delibera n.84 in data 27.04.21, con cui il Direttore Acquisti di ..... ha disposto l'aggiudicazione a favore di .....;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ..... S.p.A. e di .....;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha preso parte alla procedura di gara aperta bandita da ..... s.p.a. per l'affidamento in appalto del servizio di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali della resistente, procedura suddivisa in diverse aree territoriali, fra cui il Lotto DPR Liguria, nel quale la ricorrente è il gestore uscente.

La gara è stata vinta dalla controinteressata e la ricorrente si è classificata all'ultimo posto principalmente a causa di un'offerta economica con un modesto ribasso.

Il primo motivo di ricorso riguarda la circostanza che tutte le sedute della Commissione di gara si sono svolte in forma riservata nonostante il disciplinare di gara prevedesse che l'apertura delle buste, nonché la verifica dei loro contenuti, dovesse avvenire in seduta pubblica.

Le misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica con cui la Stazione Appaltante ha giustificato tale modalità di tenuta delle sedute non è sufficiente a giustificare la disapplicazione di una previsione espressa della lex specialis, poiché la seduta pubblica poteva realizzarsi con modalità da remoto come previsto dalla delibera dell'ANAC 312/2020.

In ogni caso per superare la censura non basta che si sia garantita l'inviolabilità delle buste poiché era necessaria la tracciabilità di ogni passaggio e la Stazione Appaltante non ha mai pubblicato i documenti di rendicontazione e tracciabilità della procedura generati dalla propria piattaforma informatica.

In particolare ci si duole della circostanza che i commissari non avrebbero acquisito le offerte direttamente dal portale on-line in quanto nel verbale del 30 luglio 2020 si legge che "*il Presidente della CdG consegna ad ogni commissario copia su supporto elettronico delle offerte tecniche dei concorrenti" e che, comunque, non vi sarebbe stata alcuna "rendicontazione generata dal sistema*", come invece prescritto dal Disciplinare.

Il secondo motivo denuncia la violazione dei criteri che debbono presiedere alla nomina della Commissione.

L'art. 77, comma 3, D.lgs 50/2016 pone quale regola che i componenti della Commissione devono essere esterni all'organico della stazione appaltante ed attinti dall'apposito Albo istituito presso l'ANAC.

Anche se l'art.1, comma 1 lett. c), D.L. 3220/19 ha sospeso l'applicazione fino al 31.12.21 di tale norma ciò si riferisce alla scelta attraverso l'Albo istituito presso l'ANAC e non alla previsione che i Commissari debbano essere esterni rispetto alla Stazione appaltante.

Sarebbe, inoltre, necessario un regolamento aziendale sulla nomina dei commissari, ma comunque nel caso di specie non vi è nell'atto di nomina dei Commissari una specifica motivazione in ordine alle ragioni della loro scelta.

Viene infine censurata la mancata rotazione nelle nomine.

Il terzo motivo censura la formula matematica che è stata inserita nel bando per attribuire il punteggio all'offerta economica.

In particolare quanto al PEij = punteggio economico ottenuto dal concorrente per ciascun parametro di cui si compone l'Offerta Economica, il disciplinare non offre alcuna spiegazione in ordine alle sue modalità di calcolo.

La formula matematica per l'attribuzione del punteggio economico incompleta ha fatto sì che la Commissione abbia operato un'indebita attività manipolativa per attribuire i punteggi e formulare la graduatoria.

Il quarto motivo contesta la contraddittorietà della lex specialis poiché in taluni casi ha permesso ai concorrenti di esplicitare aspetti dell'offerta che per la cui valutazione non era previsto un punteggio specifico ed in altri casi di non argomentare su aspetti che, invece, comportavano l'attribuzione di un punteggio con conseguente arbitrarietà delle scelte della Commissione.

Si costituiva in giudizio ..... s.p.a. con memoria di stile ed alla camera di consiglio del 28.4.2021 la ricorrente rinunciava alla domanda cautelare perché l'aggiudicazione era stata annullata per un difetto formale.

Successivamente venivano presentati motivi aggiunti dopo il nuovo provvedimento di aggiudicazione che ripercorrevano le censure già illustrate.
Si costituiva anche la controinteressata che concludeva come la Stazione appaltante per il rigetto del ricorso.
Nel ricorso originario vi era anche un'istanza di accesso ex art. 116 c.p.a. che può ritenersi superata alla luce della documentazione prodotta in giudizio da .....
Il ricorso non è fondato.
La scelta di non tenere sedute pubbliche come indicato nella lex specialis è evidentemente dipesa dalla circostanza che quest'ultima era stata approntata quando non vi era ancora l'emergenza COVID; legittimamente la Stazione appaltante ha scelto di tenere le sedute in forma riservata dal omento che la trasparenza sarebbe stata assicurata dalla tracciabilità di tutte le fasi della procedura, dall'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e dall'incorruttibilità di ciascun documento presentato.
La delibera dell'ANAC richiamata nel primo motivo si applica alle gare non telematiche e la stessa delibera consente alle Stazioni appaltanti di utilizzare modalità telematiche anche se non previste dalla lex specialis.
La possibilità per ciascun commissario di ottenere su supporto elettronico le offerte tecniche non ha comportato nessuna possibilità di alterarne la genuinità, ma è dipeso dalla necessità di consentire una più agevole analisi delle stesse stante la complessità del materiale da esaminare.
In conclusione vi sono numerose pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno riconosciuto la piena liceità delle sedute riservate nelle procedure telematiche (Consiglio di Stato 1700/2021, 4343/2021) oltre ad esser confermato dall'art. 58 del Codice Appalti che non ha previsto, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica.

Inoltre la censura è generica in quanto non viene indicato in concreto in che misura la denunciata mancanza di trasparenza avrebbe inciso negativamente nella corretta valutazione delle offerte.

Passando al secondo motivo, esso dovrebbe essere dichiarato inammissibile poiché i vizi sulla composizione delle Commissione di gara vanno impugnati non appena si ha conoscenza della scelta dei commissari e comunque non è stata offerta la prova di come l'inadeguatezza dei membri chiamati a decidere abbia inciso sulla valutazione delle offerte.

In ogni caso il motivo è infondato.

La disposizione fondamentale sull'argomento è offerta dall'art. 77, comma 1, D.lgs. 50/2016 che prevede come la commissione giudicatrice sia composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

La regola successiva che imporrebbe di sceglierli dall'apposito albo istituito dall'ANAC, come garanzia di tale competenza, non è operativa per mancata istituzione dell'albo per cui vale la disciplina transitoria dettata dall'art. 216, comma 12, del Codice, ove è stabilito che "*fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice 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 […]*".

Secondo la ricorrente la mancata operatività di tale disciplina che innova rispetto al vecchio Codice Appalti non riguarda la prescrizione della scelta dei membri della Commissione tra soggetti non dipendenti dalla Stazione Appaltante.

Ma l'obbligo di scegliere commissari esterni tranne che per gli appalti sotto soglia è strettamente legato alla nuova disciplina che consentirà di attingere all'Albo istituendo come è stato già affermato in pronunce giurisprudenziali (TAR Lombardia sezione Brescia 716/2020).

Attualmente vigente è l'obbligo di scegliere i membri tra persone con professionalità adeguata in base a criteri preventivamente individuati; ma la mancata individuazione di tali criteri nell'atto di nomina, come è avvenuto nel caso di specie, non determina automaticamente l'illegittimità della scelta che dipende dalla non adeguatezza della scelta. Quindi non viene sanzionata un'irregolarità meramente formale, ma la ratio legis è quella di impedire che scelte delicate che determinano l'aggiudicazione di rilevanti appalti siano affidate a persone non in grado di padroneggiare gli elementi delle offerte tecnica ed economica (Consiglio di Stato 4865/2019, 6135/2019).

Nel caso di specie due dei tre membri scelti sono Responsabili Manutenzione e Pulizie da diversi anni ed il terzo è Responsabile salute, sicurezza ambientale e del lavoro a far data da novembre 2018.

Si tratta di persone che hanno una adeguata esperienza nel settore oggetto dell'appalto idonee a svolgere le mansioni affidategli tanto è vero che nessuna censura specifica è stata sollevata sul loro operato.

Infine quanto alla contestazione sulla mancata rotazione, il principio di rotazione è previsto all'art. 77, comma 3, surrichiamato per i soli appalti sotto-soglia e per quelli non caratterizzati da particolare complessità, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante - in deroga alla regola generale dell'estrazione a sorte dei commissari dall'elenco ANAC - opti per la nomina di commissari interni.

Si tratta quindi di un principio non ancora operativo.

Il terzo motivo è inammissibile: a prescindere da una certa oscurità della sua formulazione, non è stata offerta la prova di resistenza; innanzitutto non è stato indicato quale sarebbe stato il metodo di calcolo corretto dal quale si sarebbe anche dovuto ricavare che la ricorrente grazie ad esso sarebbe divenuta aggiudicataria.

Anche il quarto motivo è inammissibile poiché si tratta di una censura generica che non spiega quali sarebbero state le conseguenze negative per la ricorrente dalla contraddittorietà segnalata tra l'Allegato F al Disciplinare, (recante indicazioni per la

redazione dell'offerta tecnica) e l'Allegato L (recante le modalità di calcolo dei punteggi tecnici); anche in questo caso la mancata prova di resistenza esime il Collegio dall'esame della doglianza.

Il ricorso va, in conclusione, respinto con condanna della ricorrente alle spese di giudizio secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

..... s.p.a. a rifondere a ciascuna delle controparti le spese di giudizio che liquida in € 4.000 oltre accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 D.L. n. 137/2020 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

IL SEGRETARIO