

Pubblicato il 26/04/2024

N. 00204/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00049/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 49 del 2024, proposto da [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura [REDACTED], rappresentati e difesi dall'avvocato [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in [REDACTED];

contro

Agenzia Regionale dell'[REDACTED] per la Committenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

[REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- dei provvedimenti di attribuzione dei punteggi all'Offerta Economica e all'Offerta Tecnica assunti dalla Commissione Giudicatrice nella procedura di gara di cui sopra;
- in ogni caso, del contratto che, medio tempore, fosse stipulato da [REDACTED] con [REDACTED] in relazione all'appalto per cui è giudizio; - di tutti gli atti da essi presupposti o a essi successivi inerenti l'illegittima conduzione e l'illegittima aggiudicazione della gara di cui sopra in favore [REDACTED]; comunque per l'accertamento del diritto di [REDACTED] al conseguimento del bene della vita rappresentato dall'annullamento, anche per illegittimità derivata, di tutti gli atti di gara e dalla rinnovazione dell'intero procedimento di gara, anche ai sensi dell'articolo 122 c.p.a., nonché per l'accoglimento della domanda di accesso alla totalità degli atti del procedimento non ancora ostesi, secondo quanto meglio indicato in atto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia Regionale dell'[REDACTED] per la Committenza e di [REDACTED];

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2024 il dott. Mario Gabriele Perpetuini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.§. Con bando di gara pubblicato in [REDACTED] ed in [REDACTED] in data [REDACTED], l'Agenzia Regionale di Informatica e Committenza (ARIC), oggi Agenzia Regionale dell'[REDACTED] per la Committenza - AreaCom, ha indetto – ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 – una procedura aperta “per l'affidamento dei servizi di Vigilanza armata, guardiania, ritiro, trasporto, deposito valori e [REDACTED] per le

██████████ della Regione ██████████ per l'██████████ della Regione ██████████ e per le sedi del Comune di ██████████", suddivisa in 10 lotti, volta alla stipula di un accordo quadro della durata di 24 mesi (con opzione di rinnovo per altri 24 mesi) per un valore complessivo stimato in 57.005.424,00 euro.

Alla procedura competitiva, governata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e volta all'affidamento del lotto n. 5, hanno presentato offerta 14 operatori economici.

Con determinazione del Direttore Generale ██████████ è stata nominata la Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte, composta dall' Avv. ██████████ (in qualità di Presidente), la Dr.ssa ██████████ (componente) e l'Ing. ██████████ (componente).

All'esito della valutazione delle offerte presentate dai concorrenti, la Commissione giudicatrice ha stilato la graduatoria provvisoria che ha visto ██████████ collocarsi al primo posto, mentre ██████████ al secondo posto.

La Stazione Appaltante, con Determinazione ██████████, comunicata in pari data, ha aggiudicato definitivamente il lotto ██████████ della procedura de qua all'odierna controinteressata.

Con il gravame in epigrafe la ricorrente impugna gli atti e i provvedimenti della procedura sostenendone la illegittimità.

Il ricorso è sostenuto dai seguenti motivi di diritto:

1. "Violazione di legge. Violazione dell'articolo 77 comma 4 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Nomina, quale Presidente della Commissione Giudicatrice, del Direttore Generale, Presidente dalla Commissione che ha svolto, in periodo antecedente la nomina, funzioni amministrative relativamente al contratto del cui affidamento si tratta";
2. "Violazione di legge. Violazione dell'articolo 77 comma 4 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Provvedimento di aggiudicazione della Gara sottoscritto dal Presidente della

Commissione Giudicatrice, al quale, una volta ricoperto detto ruolo, era inibito di svolgere funzioni amministrative relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”;

3. “Violazione di legge. Violazione dell'articolo 77 comma 4 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Eccesso di potere. Violazione di norma regolamentare. Violazione della delibera n. 16 del 21 marzo 2022 assunta dal Direttore Generale di ARIC contenente la disciplina dei criteri di nomina delle Commissioni Giudicatrici. Eccesso di potere per falso presupposto, errore sui presupposti di fatto, contraddittorietà, irrazionalità, illogicità, conflitto di interessi. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della contraddittorietà con altre manifestazioni di volontà dell'Amministrazione. La illegittima nomina diretta della Commissione Giudicatrice da parte del Direttore Generale, in assenza di liste predisposte dagli enti competenti (le Aziende Sanitarie) e in assenza di sorteggi”;

4. “Violazione di legge. Violazione dell'articolo 77 comma 1 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Assenza, in capo a due dei tre componenti della Commissione Giudicatrice, di competenza ed esperienza nello specifico settore al quale afferisce l'oggetto del contratto. Assenza di competenza nello specifico settore al quale afferisce l'oggetto del contratto in capo al terzo componente della Commissione Giudicatrice. Eccesso di potere nella figura sintomatica del difetto assoluto di istruttoria e dell'assenza o comunque carenza di motivazione in ordine alla sussistenza di effettiva competenza ed esperienza dei Commissari nello specifico settore oggetto della procedura di gara”;

5. “Violazione di legge. Violazione degli articoli 30 e 31 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Violazione degli articoli da 4 a 6 bis e 21 quinquies della legge 7 agosto 1990 n. 241. Violazione della Linee Guida n. 3 approvate da ANAC nel testo vigente. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della assenza o comunque carenza di motivazione, insussistenza dei presupposti di fatto considerati, travisamento dei presupposti di

fatto, sviamento, contraddittorietà con precedente manifestazione di volontà della Amministrazione. Perplessità della motivazione”;

6. “Violazione di legge. Violazione della lex specialis di gara. Violazione dell’articolo 22 del Disciplinare di Gara. Svolgimento della verifica di anomalia da parte del RUP in assenza dell’apporto della Commissione Giudicatrice, ma con l’apporto del Direttore Generale. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della assoluta assenza di istruttoria, della omessa valutazione dei presupposti di fatto, della motivazione soltanto apparente, della illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, incongruenza”;

7. “Eccesso di potere. Eccesso di potere nella figura sintomatica dello sviamento di potere. Sviamento dall’interesse pubblico. Sviamento dalla causa tipica. Illegittimità della totalità degli atti impugnati, considerati sia singolarmente che nel loro complesso, in ragione del ricorrere di eccesso di potere nella figura sintomatica dello sviamento di potere”.

Il ricorso contiene anche un’istanza di accesso ai documenti.

Si sono costituiti [REDACTED] e la controinteressata [REDACTED], resistendo al ricorso e chiedendone la reiezione.

Con ordinanza n. 44/2024 questo collegio respingeva la richiesta di adozione di misure cautelari invocata dalla ricorrente.

All’udienza pubblica del 10 aprile 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.§. Il collegio ritiene di poter superare le eccezioni processuali sollevate dalla controinteressata e dalla resistente in considerazione della infondatezza del ricorso nel merito.

3.§. Con il primo e il secondo motivo di ricorso, che il collegio ritiene di trattare congiuntamente in quanto logicamente e giuridicamente collegati, la ricorrente sostiene che il Direttore Generale di [REDACTED], in violazione dell’art. 77, comma 4, del Codice, dopo aver posto in essere una serie di attività prodromiche alla nomina

della Commissione di gara, con proprio provvedimento, si sarebbe illegittimamente autonomamente Presidente della Commissione giudicatrice e che una volta assunta la carica di Presidente della Commissione di gara, avrebbe poi illegittimamente assunto il provvedimento di approvazione dei lavori della Commissione e di aggiudicazione della gara.

Le censure non possono essere accolte.

L'art. 77 comma 4 D. Lgs. 50/2016 stabilisce che: «4. I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura». L'indirizzo giurisprudenziale maggioritario interpreta la suddetta disposizione nel senso che l'incompatibilità a far parte della Commissione di gara riguarda soltanto i membri che abbiano materialmente, sostanzialmente ed effettivamente predisposto, o quanto meno contribuito a predisporre, il contenuto della lex specialis. La ratio della norma viene infatti individuata nella necessità di evitare che chi abbia formato le regole della gara, sia altresì chiamato ad applicarle.

Affinché sussista l'incompatibilità, non è dunque sufficiente che il coinvolgimento del commissario nella redazione della legge di gara si estrinsechi in un apporto meramente formale (approvazione e/o sottoscrizione del frutto dell'altrui opera), ma è necessario che ci sia la sostanziale riconducibilità della stessa all'attività intellettuale, valutativa e professionale concretamente espletata dal membro della Commissione.

In particolare si afferma che: «Le garanzie di trasparenza e imparzialità nella conduzione di una gara d'appalto, oggi disciplinate dall'art. 77 del codice dei contratti, impediscono la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi. Tuttavia la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale

della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente. Per predisposizione materiale della legge di gara deve intendersi cioè non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'Amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082). In tal senso, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con riferimento all'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, ha evidenziato che la ratio della previsione è quella di conservare la distinzione tra i soggetti che hanno definito i contenuti e le regole della procedura e quelli che ne fanno applicazione nella fase di valutazione delle offerte. L'interesse pubblico rilevante è in particolare quello di assicurare "che la valutazione sia il più possibile "oggettiva" e cioè non "influenzata" dalle scelte che la hanno preceduta, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara" (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13). Nel caso di specie, al contrario, non sono stati allegati elementi concreti per dimostrare che la presidente della commissione [...] abbia svolto un ruolo attivo nell'elaborazione della disciplina di gara (diverso dalla verifica della regolarità giuridico - formale). Risulta, anzi, dalla determina a contrarre (in atti) che il progetto relativo ai servizi da affidare è stato redatto da una società selezionata a seguito di gara, mentre i documenti di gara sono stati predisposti dal RUP, con il supporto esterno di altra società selezionata a seguito di procedura sul MEPA. Deve pertanto escludersi che la presidente della commissione giudicatrice si trovasse in una situazione di incompatibilità» (Consiglio di Stato, IV, 24 giugno 2022 n. 5201).

Nel caso di specie materiale stesura degli atti di gara è stata espletata da [REDACTED] incaricata con Deliberazioni [REDACTED], con le quali è stato approvato il nuovo Piano Operativo dei Servizi professionali di supporto per la Centrale di Committenza della Regione [REDACTED] ed è stato conferito l'incarico di supporto al RUP per la redazione degli atti di gara. Il coinvolgimento del Direttore Generale alla redazione degli atti di gara, pertanto, è stato meramente formale e non idoneo ad inficiare l'attività della commissione di gara.

La stessa approvazione degli atti di gara è esclusivamente una presa d'atto formale con la quale il presidente si limita a recepire il verbale unico di gara a firma della Commissione giudicatrice, prendendo altresì atto delle risultanze delle operazioni di gara trasmesse dal RUP, nonché ad approvare l'operato del RUP e della Commissione Giudicatrice, nella veste meramente formale e quale legale rappresentante dell'Ente.

4.§. Con il terzo motivo di censura la ricorrente eccepisce la violazione della delibera ARIC n. [REDACTED] contestando la nomina dei componenti della commissione giudicatrice avvenuta in asserita violazione dell'obbligo del sorteggio previsto dell'art. 2, comma 2, della deliberazione [REDACTED]

La censura non è fondata considerato che la gara in oggetto è finalizzata, come espressamente previsto a pag. 5 del Disciplinare di gara, alla stipula di accordi quadro aperti all'adesione di altre amministrazioni del territorio regionale o nazionale, con la conseguenza che la disciplina di nomina della Commissione alla quale far riferimento è quella prevista dall'art. 2, paragrafo 3, del Regolamento [REDACTED], il quale prevede espressamente che "per le gare svolte dall'Agenzia, finalizzate alla stipula di convenzioni o accordi quadro aperti all'adesione di altre amministrazioni del territorio regionale o nazionale ovvero per gare su delega di una specifica amministrazione del territorio regionale o nazionale:

- a) Almeno un componente, ove possibile, è nominato, tramite sorteggio, nell'ambito di una lista del personale dipendente delle amministrazioni che aderiscono alla convenzione o accordo quadro oggetto della gara
- b) I membri occorrenti al completamento della commissione possono essere individuati, tramite sorteggio o rotazione, fra il personale dell'Agenzia e/o delle Strutture/Dipartimenti della Regione XXXXXXXXXX avente esperienza nelle funzioni di commissario di gara, responsabile unico del procedimento, direttore dell'esecuzione del contratto o di altre figure tecniche di supporto in procedure di gara per l'acquisizione di servizi, forniture o lavori ovvero, in alternativa, percorso formativo specifico in materia di contrattualistica pubblica;
- c) Per le gare che non richiedono particolari professionalità nello specifico settore di gara, il numero dei membri di cui al punto a) può essere ridotto fermo re-stando quanto previsto dal comma 1°.

Sul punto appare utile richiamare l'orientamento di questo collegio è utile espresso con le sentenze n. 420 e n. 421 del 7 agosto 2023, con il quale si è chiarito, in tema di nomina della Commissione di gara, che "Il Regolamento ARIC non impone affatto il metodo del sorteggio per la nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ciò si deduce dall'espressa indicazione di un metodo alternativo, quale quello della rotazione delle nomine, il quale è considerato parimenti idoneo ad assicurare la realizzazione la realizzazione dei criteri di trasparenza e competenza imposti dalla normazione di rango primario.

Il regolamento ARIC non impone neppure, come sostiene la parte ricorrente, che almeno uno dei tre commissari non sia un dipendente dell'ARIC, dal momento che detta prescrizione è prevista solo "ove possibile". Il Regolamento ARIC non impone altresì, come ritenuto dalla parte ricorrente, l'obbligo inderogabile di procedere alla nomina del presidente della commissione mediante sorteggio, atteso l'espresso

rinvio della disposizione che disciplina la nomina del presidente alla disposizione che disciplina la nomina degli altri componenti”.

Appare, quindi, evidente come il Regolamento, sia con riferimento ai membri della Commissione giudicatrice, sia con riferimento al Presidente, propone alla Stazione appaltante la scelta di due metodi alternativi tra loro, quali il sorteggio o la rotazione delle nomine, entrambi perfettamente idonei a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di competenza.

5.§. Con il quarto motivo di ricorso, la ricorrente assume che la Commissione di gara non sarebbe composta da “esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto” e, pertanto, ricorrerebbe il vizio di incompetenza tecnica ex art. 77, comma 1, del Codice.

La censura non è fondata.

La giurisprudenza amministrativa, in casi analoghi a quello che interessa, ha sottolineato la necessità che l’appellante specifichi quali siano ipoteticamente le caratteristiche tecniche e qualitative che renderebbero l’attività oggetto d’esame così tanto diversa rispetto a quelle in cui risultano specializzati i componenti della Commissione e tale da richiedere, pertanto, conoscenze tecniche e qualitative diverse da quelle da essi maturate (cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 1.10.2018, n. 5603).

Nel caso di specie, la società ricorrente - la cui azione demolitoria è funzionale alla ripetizione della gara - si è limitata a contestare che la commissione non sarebbe stata formata da soggetti dotati di competenza tecnica adeguata alla peculiarità del settore interessato dall’appalto in considerazione, ma non ha fornito alcuna indicazione concreta in ordine alle ragioni per le quali una commissione diversamente composta avrebbe attribuito un differente punteggio agli aspetti tecnici delle offerte.

La ricorrente, infatti, si limita ad una mera non condivisibilità delle valutazioni svolte dai Commissari sostenendo che i punteggi attribuiti dai commissari sarebbero irragionevoli in base al differenziale di punteggio che ci sarebbe tra il primo e il secondo e gli altri operatori in graduatoria.

Deve, inoltre, ritenersi che i servizi di vigilanza rappresentino un “servizio basico” per il cui affidamento non è necessario richiedere particolari competenze tecnico – specialistiche.

6.§. Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente lamenta la presunta illegittimità della Deliberazione n. 81 del 6 aprile 2023, con la quale si è provveduto alla sostituzione del RUP originariamente nominato, dott. [REDACTED], con la Dott.ssa [REDACTED], sulla scorta di un presunto difetto di motivazione nonché sulla presunta violazione degli artt. 30 e 31 D.lgs n. 50/2016.

Il motivo è infondato.

Con la Determinazione n. [REDACTED] il Direttore Generale provvedeva alla sostituzione del Dott. [REDACTED] con la Dott.ssa [REDACTED], motivando il provvedimento assunto “a seguito di rimodulazione della distribuzione degli incarichi di Responsabili Unici del Procedimento, tra i dirigenti e funzionari dell’Agenzia”.

La necessità di sostituire il Dott. [REDACTED] viene esplicitata anche nella successiva Determinazione n. [REDACTED] con la quale il Direttore Generale “...considerato che il prossimo [REDACTED] giunge a scadenza il comando del Dott. [REDACTED] per cui si rende necessario procedere alla sua sostituzione quale RUP designato nelle seguenti procedure di gara con i dipendenti ARIC parimenti di seguito indicati per ciascuna iniziativa ed in possesso di titoli ed esperienza per assumere l’incarico di che trattasi”.

La necessità della sostituzione è stata pertanto correttamente motivata in conseguenza della redistribuzione interna degli incarichi e successivamente, in vista della cessazione dell'incarico del Dr. XXXXXXXXXX, con il successivo provvedimento.

Quanto alla censura relativa alla competenza professionale del RUP, così come rilevato in merito alla composizione della commissione, è necessario che l'asserita incompetenza professionale (salvo il caso limite, che però non ricorre nella specie, della designazione di un soggetto che svolge un'attività professionale completamente estranea all'oggetto dell'appalto) abbia avuto una ricaduta sullo svolgimento o sull'esito della procedura selettiva. Nella specie, in disparte le doglianze di ordine formale, non sussistono censure specifiche.

7.§. Con il sesto motivo di ricorso si lamenta la presunta violazione dell'art. 22 del Disciplinare di gara, relativamente alla attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia con riferimento alla aggiudicazione del Lotto 2.

Attenendo la presente controversia al diverso lotto n. 5, rispetto al quale non vi è stato l'avvio del sub procedimento di congruità, la censura in commento non avrebbe dovuto trovare ingresso nel presente giudizio, risultando, per l'effetto, inammissibile.

8.§. Quanto, infine, al settimo motivo di ricorso, lo stesso si sostanzia nel richiamo delle precedenti doglianze ritenendole indizi di un disegno unitario che il Direttore Generale della Stazione appaltante avrebbe architettato per governare a piacimento le operazioni di gara.

Considerato che il lamentato vizio di sviamento di potere viene presentato come conseguenza di una pluralità di illegittimità inficianti le attività della procedura le quali, tuttavia, devono ritenersi immuni dai vizi sollevati con le censure che precedono per tutte le considerazioni svolte in replica ai singoli motivi di diritto, anche il settimo motivo di ricorso deve essere respinto.

9.§. Per i motivi predetti il ricorso deve essere respinto.

La particolare complessità della fattispecie rende opportuna la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- 1) respinge il ricorso indicato in epigrafe;
- 2) compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Consigliere, Estensore

Maria Colagrande, Consigliere

L'ESTENSORE
Mario Gabriele Perpetuini

IL PRESIDENTE
Germana Panzironi

IL SEGRETARIO