



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 la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 210 del 2018, proposto da Soc. Coop. Nasce Un Sorriso di Becce Nicola, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Gallo, con domicilio eletto presso lo studio di questi in Potenza, via Nazario Sauro, 52 e domicilio digitale alla PEC gallo.michele@cert.ordineavvocatipotenza.it;

contro

Comune di Grumento Nova, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Trivigno, con domicilio eletto presso lo studio di questi in Paterno, via Tempa la Chiesa, 3 e domicilio digitale alla PEC trivigno.franco@cert.ordineavvocatipotenza.it;

nei confronti

Soc. Coop. Sociale il Girasole, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

dei seguenti atti: a) bando di gara disciplinare di gara e capitolato del 22.01.2018; b) determina RG n. 60, del 23.01.2018; c) determina RG 112 del 08.03.2018 nomina componenti commissione di gara; d) determina RG 211 del 29.03.2018 sostituzione componente commissione; e) verbale di gara del 12.03.2018; f) verbale di gara del 19.03.2018; g) verbale di gara del 22.03.2018; h) verbale di gara del 29.03.2018; i) determina n. 174 del 09.04.2018 di approvazione verbale di gara e di aggiudicazione definitiva; h) ogni altro atto premesso, presupposto, connesso e consequenziale, per quanto lesivo degli interessi del ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Grumento Nova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2018 il dott. Paolo Mariano e uditi per le parti i difensori Silvano Sabia per delega dell'avv. Gallo e Franco Trivigno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara del 22.01.2018 il Comune di Grumento Nova indiceva una procedura di gara per l'affidamento, mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della concessione della gestione della Casa Alloggio per anziani sita in Grumento Nova.

1.1. Alla gara partecipavano la società ricorrente e la controinteressata Soc. Coop. Sociale il Girasole.

1.2. Con determina del 08.03.2018 veniva costituita la Commissione per la valutazione delle offerte (ing. Antonio Mazzeo; ing. Rosanna Masini; sig.ra Teresa

Lauria), la cui composizione veniva successivamente modificata con determina in data 29.03.2018 (sig. Raffaele Carlomagno al posto della sig.ra Lauria).

1.3. In data 29.03.2018, ultimate le operazioni di gara, il seggio proponeva l'aggiudicazione dell'appalto in favore di Soc. Coop. Sociale il Girasole, prima graduata con un punteggio di 79,05 (di cui 49,60 in relazione all'offerta tecnica e 29,45 in relazione all'offerta economica). L'altra società in gara, Soc. Coop. Nasce Un Sorriso, conseguiva un punteggio di 71,25 (di cui 47 in relazione all'offerta tecnica e 24,25 in relazione all'offerta economica).

1.4. Con determinazione n. 174 del 09.04.2018, il Comune aggiudicava definitivamente l'appalto in favore della prima classificata.

2. Avverso gli atti in epigrafe è insorta con ricorso la Soc. Coop. Nasce Un Sorriso che deduce i seguenti motivi di illegittimità.

2.1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 77 d.lgs. 50/2016; Violazione principio dell'esperienza; Violazione e falsa applicazione dell'art. 77 comma 3 d.lgs. 50/2016; Eccesso di potere; Violazione criteri competenza e trasparenza; Rapporto gerarchico.

La commissione di gara sarebbe carente, nel suo complesso, della qualificazione professionale richiesta ex art. 77 d.lgs. 50/2016. Inoltre, la nomina non sarebbe stata preceduta dalla predeterminazione di criteri di competenza e trasparenza. Infine, l'esistenza di una relazione gerarchica tra due componenti della commissione, l'uno a capo dell'ufficio comunale cui l'altro è assegnato, avrebbe inficiato l'autonomia di giudizio di quest'ultimo.

2.2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016; Violazione e falsa applicazione criteri trasparenza e par condicio; Eccesso di potere; Eccessiva discrezionalità della commissione.

La stazione appaltante, nello stabilire tre criteri di valutazione delle offerte economiche, pur indicando il punteggio massimo attribuibile (30 punti), mancava di precisare, nella sede propria del disciplinare di gara, i punti massimi riferibili a

ciascuno di detti criteri. Tale lacuna veniva colmata dalla commissione di gara che, nella seduta del 29.03.2018, prima dell'apertura delle offerte economiche delle società concorrenti, decideva di assegnare un massimo 10 punti in relazione ad ognuno dei tre parametri. Tale condotta sarebbe contrastante con l'art. 95, co. 8, d.lgs. n. 50/2016 che, invece, impone che sia *lex specialis* a fissare la ponderazione dei criteri valutativi.

3. Si è costituito il Comune di Grumento Nova che resiste all'accoglimento del ricorso, eccependone *in limine* l'irricevibilità per tardività delle censure in quanto evincibili ben prima dell'aggiudicazione (nomina commissione e pubblicazione del bando di gara).

4. Nella camera di consiglio del 23.05.2018 è stata disposta la trattazione nel merito del ricorso.

5. All'udienza pubblica del 4.07.2018, terminata la discussione tra le parti costituite, la controversia è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso è infondato per i motivi di seguito esposti.

7. Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione di irricevibilità per tardività sollevata dal Comune resistente.

7.1. Invero, per giurisprudenza granitica, nel processo amministrativo devono essere immediatamente impugnate soltanto le clausole del bando di gara che impediscono la partecipazione alla procedura o impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, mentre ogni altra questione deve essere fatta valere in sede di impugnazione contro l'altrui aggiudicazione, in quanto soltanto in tale momento si concretizza la lesione per gli altri partecipanti alla gara e può ritenersi sussistente l'onere di impugnazione (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 11 ottobre 2016, n. 4184; Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180).

7.2. Tale impostazione, confermata da un autorevole recente arresto (Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), è pacificamente riferibile sia alle questioni concernenti la composizione della commissione di gara (T.A.R. Napoli, Campania, sez. V, 30 maggio 2018, n. 3587), sia a quelle relative ai criteri di valutazione e all'attribuzione dei punteggi (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602).

7.3. Ne consegue che entrambe le censure ricorsuali devono considerarsi tempestivamente proposte.

8. Il primo motivo di ricorso è infondato.

8.1. Con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 77, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016, si osserva quanto segue.

8.1.1. La disposizione in rilievo stabilisce che *“Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”*.

8.1.2. La norma, nelle more dell'istituzione presso l'ANAC dell'Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici, onera l'amministrazione aggiudicatrice della scelta dei commissari di gara con l'unico vincolo dell'esperienza nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto, fatte salve le cause di incompatibilità o di inconferibilità stabilite nei successivi commi della medesima disposizione.

8.1.3. Il criterio dell'esperienza è stato comunemente interpretato, pur con riferimento alla corrispondente previsione del pregresso codice degli appalti pubblici (art. 84, comma 2, d. lgs. n. 163/2006), nel senso che *“la Commissione di gara deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla lex specialis*

ai fini valutativi" (Consiglio di Stato, sez. IV, 15.9.2014, n. 4316; TAR Lazio Roma, sez. III, 5.2.2014, n. 1411), dovendo viepiù ritenersi che *"la composizione plurale dell'organo è finalizzata a garantire proprio la presenza al suo interno di uno spettro ampio di competenze"* (TAR Campania Napoli, sez. I, 9.1.2015, n. 97), e ciò *"senza esigere necessariamente che l'esperienza professionale copra tutti gli aspetti oggetto della gara"* (Consiglio di Stato, sez. V, 28.5.2012, n. 3124; TAR Lazio Roma, sez. II bis, 10.4.2013, n. 3648).

8.1.4. Tale orientamento, di recente perspicuamente ripreso da TAR Trento (Trentino-Alto Adige) sez. I, 19.01.2017, n. 19, è certamente riferibile anche all'interpretazione dell'art. 77 del vigente codice degli appalti, considerato la perfetta sovrapposibilità, *in parte qua*, tra le due disposizioni succedutesi.

8.1.5. Ciò premesso, dai *curricula vitae* dei componenti del seggio di gara, versati in giudizio dal Comune resistente, emerge che gli stessi possiedono sufficiente competenza per il corretto svolgimento del loro incarico, tenuto che sono tutti dipendenti pubblici in servizio presso il Comune di Grumento Nova e che la maggioranza di essi (2 su 3) possiede un'elevata qualificazione professionale (laurea in ingegneria civile ed abilitazione all'esercizio della professione), oltreché ampia e variegata esperienza nel settore delle commesse pubbliche (l'ing. Mazzeo è responsabile dell'area tecnica del Comune di Grumento Nova), tale comunque da consentirgli un'adeguata comprensione dei profili tecnici coinvolti nella valutazione delle offerte.

Peraltro, la tipologia del servizio in concessione (gestione di una comunità alloggio per anziani) e la natura dei criteri di valutazione delle offerte tecniche previsti dalla *lex specialis* non presentano un elevato grado di specializzazione o caratteristiche di complessità tale da non poter essere padroneggiate, con adeguata consapevolezza, da profili professionali quali quelli in evidenza. D'altra parte, la ricorrente si è limitata ad una generica e poco incisiva denuncia dell'incompetenza dell'organo

tecnico, non indicando concreti elementi sintomatici dell'erroneità o dell'inadeguatezza delle valutazioni compiute dalla commissione e della loro riconducibilità al vizio dedotto. Né emerge dal ricorso quale sarebbero dovuti essere, tenuto anche conto del particolare contesto organizzativo di un piccolo ente territoriale, la corretta composizione del seggio di gara e le esperienze professionali reputate corrispondenti al parametro normativo.

8.2. Neppure fondata si appalesa la deduzione ricorsuale secondo cui la nomina della commissione sarebbe illegittima in quanto non preceduta dalla predeterminazione di criteri di competenza e trasparenza.

Al riguardo è sufficiente rilevare che detto adempimento non è prescritto da alcuna previsione normativa, né appare rispondente ad alcun principio di carattere generale, considerato che la scelta dei componenti il seggio di gara è tipica espressione dell'autonoma discrezionalità della stazione appaltante, con il solo vincolo procedurale derivante dalla previa acquisizione dei *curricula* dei componenti al fine di valutarne la competenza tecnica (adempimento non contestato).

8.3. Infine, quanto al vizio di composizione connesso al profilo della relazione gerarchica esistente tra due dei commissari (Ing. Mazzeo e Ing. Masini), occorre anzitutto precisare che detta relazione non può essere ricondotta al modello della gerarchia, ma a quello – ben più sfumato - della direzione e del coordinamento conformemente ai principi generali di cui al d. lgs. n. 165/2001 e al d.p.r. n. 267/2000, tenuto anche conto che nei Comuni privi di figure dirigenziali le posizioni organizzative vengono assegnate a personale dell'area direttiva.

Ciò premesso, la deduzione è priva di fondamento in quanto il vigente quadro normativo ha accuratamente dettagliato le cause ostative alla nomina a commissario di gara e di incompatibilità con tale ufficio (commi 4, 5, 6 e 9 dell'art. 77 del d. lgs. n. 50/2016). Nessuna delle fattispecie così previste si attaglia all'ipotesi prospettata dalla ricorrente. Né, d'altra parte, si ritiene autorizzata alcuna

interpretazione estensiva o per principi considerato che la questione coinvolge profili di libertà, rispetto ai quali è necessario un approccio rigoroso.

Peraltro, merita osservare che la ricorrente si è limitata ad ipotizzare che la circostanza evidenziata abbia potuto minare l'indipendenza di giudizio del membro subalterno, senza fornire a supporto della tesi alcun concreto elemento, viepiù necessario ove si consideri che la presunta incompatibilità non è sancita in astratto da alcuna disposizione e, pertanto, potrebbe essere ipoteticamente valorizzata soltanto in presenza di obiettive evidenze, comprovabili anche per via meramente presuntiva, dell'effettivo stato di soggezione di un componente nei riguardi di altro.

8.4. Per tali ragioni il primo motivo, inteso in ogni sua parte, non merita accoglimento.

9. Infondato è anche il secondo motivo di ricorso.

9.1. La ricorrente suppone la violazione dell'art. 95, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“I documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato”*.

9.2. Tuttavia, tale disposizione non è utilmente invocabile quale parametro di legalità per la procedura per cui vi è ricorso. Infatti la gara ha ad oggetto l'aggiudicazione di una concessione di servizi alla quale non è applicabile la regola sancita nell'art. 95 cit. in virtù di quanto disposto dall'art. 173, comma 2, prima parte, del d. lgs. n. 50/2016, secondo cui *“Fermo restando quanto previsto dal comma 1, e comunque in deroga all'art. 95, la stazione appaltante elenca i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza”*.

9.3. In materia di concessioni non è dunque richiesto, come per gli appalti, che la *lex specialis* contenga la puntuale ponderazione dei criteri di valutazione, avendo il legislatore preferito accordare alla commissione di gara un maggiore spazio di

autonomia nella definizione della griglia dei punteggi attribuibili alle offerte, eventualmente a completamento di quella predisposta dalla stazione appaltante, salvo in ogni caso il vincolo dell'ordinazione gerarchica di detti criteri da parte di quest'ultima.

9.4. Le considerazioni esposte sono dirimenti per escludere la pertinenza della censura dedotta rispetto alla *norma agendi* applicabile alla fattispecie per cui è causa.

9.5. Né può rilevare in senso contrario che, nel caso di specie, la stazione appaltante ha ponderato i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, astenendosi dal farlo soltanto in relazione a quelli inerenti all'offerta economica, considerato che tale circostanza attiene al piano fattuale della linearità dell'azione amministrativa e non ha alcuna capacità derogatoria rispetto all'inequivoco dato normativo che conserva intatta la sua cogenza. D'altra parte, il Collegio – in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 cod. proc. civ.), pacificamente riferibile ad ogni giurisdizione con connotazione soggettiva – non può che contenere la sua *potestas iudicandi* entro i confini delle censure ricorsuali, tenuto conto della loro formulazione, a prescindere dalla possibile rilevanza di ulteriori illegittimità che, in quanto non dedotte, non risultano conoscibili.

9.6. Il secondo motivo di ricorso è pertanto infondato.

10. Conclusivamente, per le ragioni sopra esposte, il ricorso deve essere respinto.

11. In ragione della particolarità delle questioni trattate è possibile disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nelle camere di consiglio dei giorni 4 luglio 2018 e 18 luglio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Paolo Mariano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Mariano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO