

Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo

Sentenza 24 maggio 2024, n. 273

PRESIDENTE: PANZIRONI - ESTENSORE: BARALDI
FATTO

L'Agenzia Regionale di Informatica e Committenza (ARIC) (divenuta, per effetto della l.r. 6 giugno 2023, n. 25, Agenzia Regionale dell'Abruzzo per la Committenza - AREACOM, odierna resistente), con determinazione n. 63 in data 28 marzo 2023 avente ad oggetto "gara comunitaria a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, guardiania, ritiro, trasporto, deposito valori e trasporto metadone per le aa.ss.ll. della Regione Abruzzo, per l'ASREM della Regione Molise e per le sedi del Comune di Pescara - provvedimento di indizione e approvazione atti di gara" a firma del direttore generale avv. Donato Cavallo, ha indetto "una gara centralizzata ad evidenza pubblica a procedura aperta, sopra soglia comunitaria, suddivisa in 10 lotti, finalizzata all'affidamento dei servizi di vigilanza armata e guardiania presso le sedi delle AA.SS.LL. della Regione Abruzzo e Molise nonché del Comune di Pescara".

Il bando di gara è stato pubblicato sulla GURI in data 12 aprile 2023 mentre l'ulteriore documentazione a base di gara è stata resa disponibile sul sito di ARIC e sulla piattaforma telematica utilizzata.

La società Vigilantes Group s.r.l., odierna ricorrente, ha partecipato alla procedura aperta concorrendo, tra altri, per il lotto 1 relativo a "Servizi di vigilanza armata ASL 1 L'Aquila Avezzano Sulmona" (CIG 958029230F) presentando nel termine la propria offerta. Hanno presentato offerta per il lotto 1 altri 5 operatori economici.

Con determinazione del direttore generale n. 275 del 10 agosto 2023 è stata nominata la commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte, composta dall'avv. Donato Cavallo (lo stesso direttore generale in qualità di presidente), la dr.ssa Roberta Rizzone (componente) e l'ing. Domenico Di Martino (componente).

All'esito della valutazione delle offerte presentate dai concorrenti, la commissione giudicatrice ha stilato la graduatoria provvisoria che ha visto la società Aquila s.p.a. collocarsi al primo posto e la ricorrente al quinto posto.

La stazione appaltante, con determinazione n. 6 del 12 gennaio 2024, di cui in epigrafe, ha aggiudicato definitivamente il lotto n. 1 della procedura alla controinteressata Aquila s.p.a.

Avverso il sopra menzionato provvedimento, nonché gli altri in epigrafe indicati, ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio la società Vigilantes Group s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Federalpol s.r.l. e con Istituto di Vigilanza Coopservice s.p.a., chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, deducendo i seguenti motivi:

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 è costituita in giudizio, in data 16 febbraio 2024, AREACOM, depositando poi relativa memoria in data 26 febbraio 2024 con cui ha eccepito l'inammissibilità del ricorso ed ha, poi, chiesto la reiezione del medesimo nel merito.

Si è costituita in giudizio, in data 25 febbraio 2024, la società Aquila s.p.a., chiedendo anch'essa la reiezione del ricorso nel merito.

All'udienza in camera di consiglio del 28 febbraio 2024 il difensore di parte ricorrente ha dato atto della circostanza che la stazione appaltante ha consegnato i documenti richiesti e, dunque, è cessata la materia del contendere con riferimento all'istanza di accesso; all'esito della predetta udienza è stata emessa l'ordinanza n. 40/2024 con cui è stata respinta la domanda cautelare.

Infine, all'udienza pubblica del 24 aprile 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

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

2. Preliminarmente deve darsi atto della cessazione della materia del contendere in relazione all'istanza di accesso ai documenti formulata dalla ricorrente, atteso che tale istanza è stata integralmente soddisfatta in corso di causa da parte dell'Agenzia resistente come dichiarato da parte ricorrente nell'udienza in camera di consiglio del 28 febbraio 2024.

3.1. 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 AREACOM, in violazione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, dopo aver posto in essere una serie di attività prodromiche alla nomina della commissione di gara, con proprio provvedimento si sarebbe illegittimamente autonomamente nominato presidente della commissione giudicatrice e che, una volta assunta la carica, avrebbe poi illegittimamente adottato il provvedimento di approvazione dei lavori della commissione e di aggiudicazione della gara.

3.2. I motivi sono infondati.

L'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 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 ha formato le regole della gara sia altresì chiamato ad applicarle.

Non è tuttavia incompatibile con l'attività di gestione della procedura il commissario che nella redazione della legge di gara abbia dato un contributo

meramente formale (approvazione e/o sottoscrizione del frutto dell'altrui opera), mentre senz'altro egli è incompatibile se la legge di gara è sostanzialmente riconducibile ad una sua concreta attività intellettuale, valutativa e professionale.

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 (C.d.S., 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" (C.d.S., 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» (C.d.S., Sez. IV, 24 giugno 2022, n. 5201).

Nel caso in decisione la materiale stesura degli atti di gara è stata espletata dalla società di consulenza Intellera Consulting s.r.l., incaricata con deliberazione ARIC n. 26 del 3 maggio 2022 e n. 29 del 12 maggio 2022, con le quali è stato approvato il nuovo Piano operativo dei servizi professionali di supporto per la Centrale di committenza della Regione Abruzzo 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 è limitato 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, rispetto alla gestione della procedura, di legale rappresentante dell'ente.

4.1. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente eccepisce la violazione della delibera ARIC n. 16 del 21 marzo 2022, contestando la nomina dei componenti della commissione giudicatrice che, secondo la prospettazione di parte ricorrente, sarebbe avvenuta in asserita violazione dell'obbligo del sorteggio previsto dall'art. 2, comma 2, della deliberazione ARIC n. 16 del 21 marzo 2022.

4.2. Il motivo è infondato.

Il Collegio osserva 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 fare riferimento è quella prevista dall'art. 2, paragrafo 3, del regolamento ARIC, 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 Abruzzo 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 restando quanto previsto dal comma 1".

Sul punto appare utile richiamare l'orientamento espresso da questo Collegio 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 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 invece 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, a sua volta, 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 idonei a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di competenza.

5.1. 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*.

5.2. Il motivo è infondato.

La giurisprudenza amministrativa, in casi analoghi a quello in esame, 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*, C.d.S., Sez. V, 1° ottobre 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 questione, 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 allegare 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.

6.1. 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. Sandro Giugliano, con la dott.ssa Roberta Di Biase, sulla scorta di un presunto difetto di motivazione nonché sulla presunta violazione degli artt. 30 e 31 del d.lgs. n. 50/2016.

6.2. Il motivo è infondato.

Con la determinazione n. 81 del 6 aprile 2023 il direttore generale provvedeva alla sostituzione del dott. Sandro Luigi Giugliano con la dott.ssa Roberta Di Biase, 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. Giugliano viene esplicitata anche nella successiva determinazione n. 203 dell'11 luglio 2023 con la quale il direttore

generale "... che il prossimo 15 luglio 2023 giunge a scadenza il comando del Dott. Sandro Luigi Giugliano 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 motivata dall'esigenza di provvedere alla redistribuzione interna degli incarichi e successivamente, in vista della cessazione dell'incarico del dr. Giugliano, dal 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. 1, 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 come eccepito da AREACOM con la memoria del 26 febbraio 2024.

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 tutto quanto sopra illustrato, dunque, il ricorso è infondato nel merito e va respinto.

10. 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 sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara cessata la materia del contendere sulla domanda di accesso ai documenti amministrativi;
- respinge il ricorso.

Spese compensate.

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