

Pubblicato il 13/01/2020

N. 00040/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00363/2018 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 la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 363 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

- Fiera Roma s.r.l. con socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, società soggetta a direzione e coordinamento di “Investimenti s.p.a.”, in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Palazzo Gattini, Studio 80, Gruppo ECF e Metroquadro, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Brancadoro, p.e.c. gianlucabrancadoro@ordineavvocatiroma.org, Carlo Mirabile, p.e.c. carlomirabile@ordineavvocatiroma.org, Clizia Calamita di Tria, p.e.c. ccalamita@cert.brancadoromirabile.it, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Paolo Galante, in Potenza, alla via Maratea n. 8;

contro

- Fondazione Matera-Basilicata 2019, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Matera, alla via Madonna delle Virtù,

rappresentata e difesa dall'avv. Vito Agresti, p.e.c. agresti0336@cert.avvmatera.it;

nei confronti

- Studio Ega s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con Eurostands s.p.a. e Spazio Eventi s.r.l., con sede legale in Roma, al viale Tiziano n. 19, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Tedeschini e Tommaso Pallavicini, con domicilio eletto presso lo Studio dell'avv. Giovanni F. Nicodemo, p.e.c. segreteria@pec.tedeschinilex.it;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso introduttivo

- della determinazione dirigenziale n. 49 del 28 giugno 2018;
- di ogni altro atto presupposto, anche incognito, ivi inclusi bando e disciplinare di gara;
- di ogni altro atto connesso e consequenziale, ivi inclusi l'esito del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del raggruppamento controinteressato e la comunicazione di aggiudicazione a favore del medesimo raggruppamento del 16 luglio 2018;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle *more* eventualmente sottoscritto e per la condanna della Fondazione resistente ad aggiudicare la gara al r.t.i. Fiera Roma ed a stipulare il relativo contratto secondo l'offerta da quest'ultimo presentata, da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito;
- nonché, in subordine, per la condanna della Fondazione resistente al risarcimento del danno per equivalente pecuniario in favore della ricorrente, non ristorabile in forma specifica:

quanto ai motivi

per quanto attiene al primo atto di motivi aggiunti

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara del 28 agosto 2018, notificato in data 30 agosto 2018;
- di ogni altro atto conseguente.

per quanto attiene al secondo atto di motivi aggiunti

- del verbale n. 5 di attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica del r.t.i. Ega e del verbale n. 6 conclusivo del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del r.t.i.Ega e di tutti gli altri atti connessi, presupposti e conseguenti anche se incogniti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Matera-Basilicata 2019 e della Studio Ega s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale presentato da quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Primo Referendario avv. Benedetto Nappi e uditi per le parti i difensori presenti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto depositato il 2 agosto 2018, parte ricorrente è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'ammissione del raggruppamento controinteressato alla procedura comparativa per «l'affidamento del servizio in concessione per l'allestimento e la gestione della Cava del Sole per lo svolgimento degli eventi di arti performative per Matera 2019», deducendo per più profili la valutazione di legge e l'eccesso di potere.
2. Si sono costituite le parti intime, prospettando eccezioni in rito e nel

merito.

3. Con decreto n. 80 del 6 agosto 2018 l'istanza di adozione di misure cautelari monocratiche proposta dalla società ricorrente, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm., è stata rigettata.

4. Con atto depositato l'11 settembre 2018 è stato proposto un primo atto di motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva della procedura alla controinteressata.

5. All'esito della camera di consiglio svoltasi il 12 settembre 2018 il procuratore della ricorrente ha rinunciato alla trattazione dell'incidentale istanza cautelare.

6. Il 28 settembre 2018 l'aggiudicataria ha depositato ricorso incidentale condizionato.

7. Il 19 novembre 2018 parte ricorrente ha depositato un secondo atto di motivi aggiunti, diretto ad confutare l'attribuzione di punteggi al RTI controinteressato.

8. Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2018, su richiesta del procuratore della ricorrente, si è disposto il differimento della trattazione dell'affare nel merito.

9. Alla pubblica udienza del 20 marzo 2019, previo deposito di atti memorie e repliche, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e il giudizio è transitato in decisione.

DIRITTO

1. In *limine litis*, il Collegio, anche su conforme eccezione delle parti, rileva la tardività della produzione documentale presentata dalla ricorrente il 14 febbraio 2019, oltre i termini di cui all'art. 73, co. 1, cod. proc. amm., sicché di essa non può tenersi alcun conto. In tal senso, il Collegio osserva come debba ritenersi che tali termini abbiano natura perentoria, mirando a favorire il più

completo contraddittorio scritto tra le parti, trovando tale rilievo riscontro nella previsione di cui all'art. 54, co. 1, dello stesso codice, che autorizza, previa specifica istanza, la presentazione tardiva di memorie e documenti in circostanze eccezionali, ovverosia di presupposti nella specie non ravvisabili.

Del pari, non può tenersi conto della memoria depositata dalla ricorrente alle ore 17.56 del 9 marzo 2019, sia perché depositata tardivamente, oltre il termine delle ore 12.00 dell'ultimo giorno utile (T.A.R. Basilicata, 30 gennaio 2018, n. 92), sia perché recante nuove istanze istruttorie o addirittura domande volte ad ampliare il *thema decidendum*, senza previa notificazione alle altre parti del giudizio. In effetti, le memorie di replica sono previste e regolate dall'art. 73, comma 1, c.p.a. per il precipuo ed esclusivo fine di consentire di rispondere alle deduzioni contenute nelle nuove memorie depositate dalle controparti in vista dell'udienza di discussione; ne segue che la replica è inammissibile qualora controparte non abbia depositato memoria conclusionale e che il suo oggetto deve restare, comunque, contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria, onde evitare che si traduca in un mezzo per eludere il termine per il deposito delle memorie conclusionali, proponendo tardivamente argomenti che avrebbero dovuto trovare posto nella memoria per l'udienza di discussione.

1.1. Il Collegio procede quindi allo scrutinio delle eccezioni in rito sollevate dalla controinteressata Studio Ega s.r.l..

1.1.1. Si è in primo luogo sostenuta l'inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di valida procura alle liti, in quanto quella «rilasciata ai difensori dall'organo amministrativo di Fiera di Roma s.r.l. non risulta infatti accompagnata dall'autorizzazione del giudice delegato, necessaria in considerazione del fatto che la ricorrente, da quanto risulta dalla propria

visura camerale, è stata ammessa al concordato preventivo omologato in data 10 luglio 2017».

La censura non persuade. La procedura di concordato preventivo si esaurisce con il decreto di omologa, il quale segna inoltre il passaggio, dal punto di vista dell'imprenditore, dal regime di spossessamento attenuato proprio della procedura al riacquisto della piena capacità di agire, e, dall'angolo visuale degli organi della procedura, dal potere di consentire o meno il compimento di atti di straordinaria amministrazione ad una funzione di mera vigilanza sulla corretta esecuzione del concordato. L'esaurimento della procedura di concordato preventivo per effetto della sentenza di omologazione è stata affermata dalla Suprema Corte (Cass. civ., sez. 1, sentenza n. 12265 del 2016, che richiama le decisioni nn. 16598/08 e 23271/06), e in un condivisibile arresto del Giudice d'appello, secondo cui l'omologazione del concordato «chiude definitivamente la procedura iniziata con il decreto di ammissione adottato ai sensi dell'art. 163 legge fallimentare, posto che il decreto di omologazione emesso dal Tribunale ex art 181 della stessa legge, nell'esercizio delle funzioni di sorveglianza e controllo attribuitegli, costituisce atto consequenziale ed esecutivo del concordato riguardo al complesso di obbligazioni assunte dal debitore: ciò per tutti i tipi di concordato preventivo, e a maggior ragione per quello con continuità aziendale» (in termini, Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225).

Il cennato riacquisto della piena capacità di agire implica anche il pieno recupero della capacità processuale generale e autonoma, senza necessità di acquisizione della previa autorizzazione del giudice delegato a stare in giudizio.

1.1.2. Non merita condivisione l'ulteriore eccezione secondo cui sarebbe stato disatteso l'onere di immediata impugnazione delle disposizioni di gara contestate col ricorso. In conformità al maggioritario orientamento

giurisprudenziale, da ultimo ribadito dal Consiglio di Stato in sede di Adunanza plenaria n. 4 del 2018, la necessità della diretta impugnazione delle clausole della *lex specialis* sorge soltanto laddove si sia in presenza di clausole c.d. escludenti, idonee a determinare l'immediata lesione della posizione soggettiva del ricorrente, nel caso di specie non ravvisabili, non venendo in considerazione la prescrizione di requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alle gare non posseduti dalla ricorrente medesima, o clausole “manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale”. Neppure il fatto che la deducente abbia contestato «apertamente il modello contrattuale scelto dalla SA, la quale – a dire della ricorrente – avrebbe bandito una concessione di servizi (di allestimento e gestione della Cava) in luogo di una concessione mista servizi-lavori» è di per sé idoneo a concretizzare alcuna lesione, atteso che, prima della formazione della graduatoria, non può dirsi certamente individuato l'aggiudicatario in un soggetto diverso dal ricorrente.

1.1.3. Si è ancora prospettata l'inammissibilità del ricorso introduttivo per l'omessa impugnazione della determinazione dirigenziale n. 32 del 17 aprile 2018, con la quale la Fondazione Matera-Basilicata 2019 ha indetto la gara in contestazione ed approvato specificatamente tutti gli atti di gara e il modello contrattuale di concessione di servizi per l'allestimento e la gestione, conseguendone in tesi «l'impossibilità di contestare i relativi atti conseguenti e meramente applicativi (bando e disciplinare)».

L'argomento è fuori asse. Ai sensi dell'art. 32, co. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, «prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i

criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte». Tale atto non ha una efficacia propriamente provvedimentoale, non producendo effetti giuridici autonomi verso terzi quale atto presupposto suscettibile di autonoma impugnazione. In quanto precedente l'avvio della procedura di affidamento, lo stesso ha, invece, natura più propriamente “endoprocedimentale” e, quindi, di regola è inidoneo a costituire in capo a terzi posizioni di interesse qualificato. La sua funzione, infatti, attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell'amministrazione nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'ente pubblico, esauendo gli effetti all'interno dell'amministrazione stessa (T.A.R. Campania, sez. V, 5 settembre 2018, n. 5380; T.A.R. Abruzzo, 26 maggio 2014 n. 485; T.A.R. Trentino-Alto Adige, 16 febbraio 2017 n. 53; T.A.R. Veneto, sez. III, 17 luglio 2017, n. 680; T.A.R. Campania, sez. I, 7 marzo 2012, n.1160). Ne consegue che l'individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione degli operatori e delle offerte è infatti assorbita con efficacia nei confronti dei terzi, nel bando di gara, sicché «non è necessaria la sua impugnativa, mancando tale determinazione di un contenuto lesivo, né tale omissione comporta l'inammissibilità del gravame relativo alla successiva procedura autorizzata» (in termini, T.A.R. Campania, n. 5380 del 2018, *cit.*).

1.1.4. Con ulteriore eccezione, si è prospettata l'inammissibilità del ricorso per mancata formulazione di una domanda di integrale annullamento della gara.

L'eccezione coglie nel segno. Secondo la deducente «a prescindere dalla definizione di mera “concessione di servizi”, la procedura ad evidenza pubblica era volta all'aggiudicazione di un contratto quadriennale avente ad oggetto (i) la realizzazione e la gestione, in un immobile pubblico di particolare pregio concesso in comodato gratuito dal Comune, di una struttura di ragguardevoli dimensioni (ben oltre 1.200 mq) amovibile al

termine del quadriennio per un importo stimato dei lavori pari a € 2.901.216,98; (ii) la gestione della predetta opera, tramite realizzazione di spettacoli ed eventi, con tutte le attività strettamente connesse (biglietteria, back office, etc.), nonché una serie di attività e servizi accessori (dalla manutenzione delle aree verdi, al book shop, electric car e bike sharing). Il valore di queste prestazioni, non a caso oggetto principale del contratto, era quantificato in € 6.757,750,00. Ciò nonostante, bando e disciplinare di gara nulla richiedevano in termini di requisiti di qualificazione e capacità prescritti per i lavori pubblici summenzionati».

Il ricorso introduttivo si impernia perciò sull'assunto che il RTI aggiudicatario sarebbe sprovvisto delle attestazioni SOA per eseguire quelle prestazioni ricondotte dalla ricorrente al novero dei "lavori pubblici", con conseguente invocata applicazione del «noto principio dell'eterointegrazione del bando silente» che verrebbe automaticamente integrato con le disposizioni di legge violate allorquando, come nella fattispecie, la *lex specialis* non avrebbe contemplato requisiti prescritti *ex lege*.

Osserva tuttavia il Collegio che, come condivisibilmente osservato dalla controinteressata, all'eventuale accoglimento «delle censure avversarie consegnerebbe una legge di gara completamente differente da quella immaginata dalla SA, non ultima l'inconciliabilità con le descritte prestazioni secondarie e la relativa individuazione CPV [45223800-4 "Assemblaggio ed installazione di strutture prefabbricate"] su cui, peraltro, viene misurato il possesso del requisito di idoneità professionale di cui al punto 7.1 del disciplinare di gara. In altri termini, l'accoglimento delle tesi avversarie imporrebbe una riscrittura integrale della legge di gara che a questo punto dovrebbe rivolgersi ad una platea di potenziali concorrenti differenti da quelli che hanno concretamente partecipato (non ultime le imprese di costruzione) e

che sui codici CPV hanno valutato la loro capacità di partecipazione».

Conseguirebbe a ciò non il mero scorrimento della graduatoria, come sostiene la ricorrente, bensì un sostanziale mutamento dello spettro dei soggetti potenzialmente interessati alla partecipazione, con indefettibile necessità di reiterazione della gara.

Ebbene, l'annullamento degli atti di gara è inesorabilmente precluso dal principio fondamentale, espresso dall'art. 112 del codice di rito civile, della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, al quale si conforma anche il processo amministrativo, in virtù del c.d. "rinvio esterno" di cui all'art. 39 cod. proc. amm., essendo ben noto che il dispositivo della sentenza deve essere conforme alla domanda della parte, dovendo il Giudice decidere su tutta la domanda e non oltre la domanda stessa.

Del resto, il rito c.d. "super-accelerato" di cui all'art. 120, co. 2-*bis*, vigente *ratione temporis*, di cui si è avvalsa parte ricorrente per l'introduzione del ricorso introduttivo, non sembra piegarsi alla proposizione di doglianze che, sebbene formalmente rivolte contro l'ammissione di un concorrente a una procedura comparativa, involgono l'architettura della gara nel suo complesso, imponendone, se accolte, una qualificazione del tutto differente, segnatamente quella dell'appalto di lavori in luogo di quella di concessione di servizi, e in buona sostanza contestano (invocandone l'eterointegrazione) alla *lex specialis* di non aver precluso la partecipazione alla procedura competitiva a soggetti privi di determinati requisiti di qualificazione.

1.1.5. Del pari, coglie nel segno l'ulteriore argomento fatto valere dalla controinteressata, secondo cui «i motivi di censura di cui al ricorso introduttivo sono comunque divenuti inammissibili poiché non ritualmente riproposti unitamente all'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura; impugnazione avvenuta soltanto con il primo atto di motivi aggiunti di Fiera

Roma dell'11/9/2018».

Per tale versante il ricorso introduttivo, come si è anticipato, è stato proposto ai sensi dell'art. 120, co. 2-*bis*, contro la sola ammissione del concorrente poi risultato aggiudicatario, senza alcuna specifica impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. E questo nonostante detto ricorso introduttivo sia stato notificato dopo l'avvenuta comunicazione dell'esito della gara.

L'aggiudicazione è stata correttamente impugnata soltanto col primo atto di motivi aggiunti, proposto secondo il rito appalti "ordinario" di cui all'art. 120, commi 2 e 6 cod. proc. amm., nel quale, tuttavia, non risultano riproposti i motivi di impugnazione già inseriti nel ricorso introduttivo.

Ne consegue che occorre interrogarsi sull'assetto normativo per le ipotesi in cui, come è nella presente questione, l'aggiudicazione della procedura competitiva sopravvenga al provvedimento di esclusione o di ammissione di uno o più offerenti entro il termine di impugnazione di cui agli ai commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120.

Sul punto, la richiamata decisione dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2018 è netta nell'affermare che l'aggiudicazione non può essere impugnata col ricorso di cui all'art. 120, co 2-*bis*, cod. proc. amm..

Inoltre, la giurisprudenza ha avuto modo di escludere un'interpretazione della vigente disciplina processuale nel senso di ammettere il cumulo e la trattazione congiunta delle domande con applicazione ad entrambe del rito "speciale" in luogo del rito "specialissimo" o "super speciale", la quale apparirebbe in contrasto non solo con la ratio della disciplina dettata dai citati commi 2-*bis* e 6-*bis*, in quanto - introducendo surrettiziamente un terzo rito misto tra i due - ostacolerebbe il conseguimento sistematico delle finalità che con il rito dell'art. 120, comma 2-*bis*, la nuova norma intende realizzare; ma anche con le

ricordate e distinte condizioni dell'azione e struttura del rito anticipato, che - a differenza di quanto avviene per altre azioni del processo amministrativo - non possono né essere confuse con le usuali, né esservi assorbite o assorbirle (in termini, Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2017, n.).

Si deve perciò concludere che, allorquando l'aggiudicazione sopravvenga nelle more dello spirare dei termini per l'impugnazione del provvedimento di ammissione o esclusione, l'effetto lesivo di quest'ultimo si scolora a fronte della pervasività della decisione dell'amministrazione che connota in senso definitivo l'esito della procedura, rendendo necessario non soltanto l'impugnazione di tale esito finale, ma anche la riproposizione in essa dei motivi formulati con l'azione eventualmente già spiegata ai sensi dell'art. 120 commi 2-*bis* e 6-*bis*, essendo divenuto il mero interesse alla rimozione dell'atti di ammissione recessivo rispetto a quello del conseguimento dell'aggiudicazione della gara.

1.1.5.1. Parte resistente ha sostenuto che in realtà risalirebbe al 16 luglio 2018 soltanto l'aggiudicazione provvisoria, mentre la sua efficacia, subordinata alla verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del D.lgs. 50/2016, sarebbe divenuta definitivamente efficace solo in data 28 agosto 2018.

In senso contrario, va richiamato il condivisibile indirizzo secondo cui nell'ambito di una gara pubblica, per i concorrenti non aggiudicatari, la decorrenza del termine per impugnare il provvedimento di aggiudicazione inizia dal momento in cui gli stessi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a) del d.lgs. 50/2016 e non, invece, dal momento in cui la stazione appaltante ha concluso positivamente la verifica del possesso, da parte dell'aggiudicatario, dei requisiti di gara (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2019, n.1710).

1.2. Alla declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo consegue

l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, in quanto espressamente condizionato all'accoglimento del primo e, segnatamente, della tesi "del doveroso possesso delle attestazioni SOA".

1.3. Il Collegio procede quindi alla disamina dell'eccezione di irricevibilità formulata in relazione al secondo atto di motivi aggiunti, che risulta essere stato notificato il 19 novembre 2018, a fronte della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione in data 16 luglio 2019, con violazione del termine decadenziale di cui all'art. 120, co. 6, cod. proc. amm..

L'eccezione è fondata. Va escluso che l'interessato possa differire a suo piacimento la formulazione di istanza di accesso agli atti e, poi, far valere la data dell'effettiva ostensione quale *dies a quo* per il decorso del termine di proposizione del ricorso giurisdizionale o di motivi aggiunti, e ciò a maggior ragione laddove l'acquisizione documentale sia strumentale a contestare gli atti di una gara pubblica (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 2 gennaio 2018, n. 1). Dunque, sebbene sia in facoltà dell'interessato la scelta del momento nel quale presentare l'istanza di accesso, secondo le proprie esigenze organizzative, nondimeno il termine per impugnare non può che decorre dal momento in cui l'accesso medesimo sia stato ammissibile, ovvero, a tutto concedere e nel solo caso di condotte dilatorie dell'amministrazione - circostante queste ultime neppure allegate nella presente vicenda - dal momento in cui i documenti siano stati resi disponibili da quest'ultima, non potendo le scelte organizzative della parte determinare il momento di decorrenza del termine decadenziale fissato per legge.

Nel caso di specie, l'accesso sarebbe stato ben possibile già a decorrere dalla comunicazione di aggiudicazione, quindi il 16 luglio 2019, mentre la relativa istanza ostensiva risulta presentata soltanto il 2 ottobre 2010, di modo che siffatta palese inerzia nell'attivarsi per ottenere la documentazione

amministrativa rilevante ai fini difensivi non può certamente comportare alcuna correlata traslazione del termine decadenziale di proposizione di motivi aggiunti (in tal senso, sebbene con riferimento alle corrispondenti disposizioni del previgente codice dei contratti pubblici, T.A.R. Basilicata, 22 marzo 2016, n. 260).

2. Il Collegio passa poi a delibare il primo atto di motivi aggiunti, che è in parte infondato e per il resto inammissibile, alla stregua della motivazione che segue.

2.1. Si è innanzitutto dedotto che la commissione giudicatrice sarebbe stata composta in violazione dell'art. 77, commi 3, 4 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, stante l'asserita incompatibilità di un membro della commissione giudicatrice. In particolare, il presidente della commissione giudicatrice sarebbe anche il direttore generale della Fondazione, avrebbe firmato la determinazione a contrarre e il provvedimento di approvazione del progetto e lo stesso atto di nomina dei commissari, incluso se stesso, per cui da tutti questi elementi deriverebbe l'illegittimità della sua partecipazione alla commissione di gara.

2.1.1. La stazione appaltante eccetto la tardività di tale doglianza, rendendosi a suo dire necessaria la tempestiva e autonoma impugnazione del provvedimento di nomina, in quanto verrebbe in rilievo una situazione lesiva la cui incidenza è immediatamente percepibile, idonea di per sé a perturbare la corretta valutazione delle offerte, richiamando in tal senso un orientamento pretorio (T.A.R. Lazio, sez. II, 18 dicembre 2017, n. 12450).

L'eccezione non ha fondamento. Va qui condiviso quanto affermato da altro e maggioritario indirizzo secondo cui l'illegittima composizione della commissione non è suscettibile di immediata impugnazione, in quanto priva di autonomia lesiva, e può essere contestata solo all'esito della gara (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018, n. 4054; *id.* 16 aprile 2018, n. 2241). In effetti, nelle gare

pubbliche l'atto di nomina della commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale. Come è noto, la nomina deve invece essere effettuata dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (art.77, co 7). La nomina dei componenti della commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (in termini Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2018, n. 2835; *id.*, sez. V, 16 gennaio 2015, n. 92).

2.1.2. Il motivo è peraltro infondato. Il comma 12 dell'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce 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». Al riguardo, la deliberazione ANAC 18 luglio 2018, n. 648, ha da ultimo previsto le “istruzioni operative per l'iscrizione all'albo nazionale obbligatorio dei commissari di gara e per l'estrazione dei commissari”, indicando: - la data del 10 settembre 2018, quale termine per la decorrenza dell'operatività dell'Albo ai soli fini della iscrizione degli esperti (punto 16 della deliberazione); - la data del 15 gennaio 2019, quale termine da cui decorre il superamento del periodo transitorio indicato al suddetto art. 216, comma 12, del Codice, con la precisazione che “Ai fini dell'estrazione degli esperti, l'Albo è operativo, per le procedure di affidamento per le quali i bandi

o gli avvisi prevedano termini di scadenza della presentazione delle offerte a partire dal 15 gennaio 2019. Da tale data, è superato il periodo transitorio di cui all'articolo 216, comma 12, primo periodo, del codice dei contratti pubblici” (punto 17 della deliberazione). Tuttavia, con successivo comunicato del 9 gennaio 2019, la stessa ANAC ha ritenuto di disporre il differimento del «termine di avvio del sistema dell'albo dei commissari di gara al 15 aprile 2019». Ne consegue che, a tutto voler concedere, alla data ultima per la presentazione delle offerte la disposizione invocata non avrebbe potuto trovare applicazione.

Orbene, come rilevato da condivisibile giurisprudenza in speculare questione «il rilievo della disciplina transitoria non è solo giuridico-formale, ma attiene alla struttura stessa del sub-procedimento di valutazione tecnica delle offerte di cui al comma 3 dell'art. 77 del d.lgs.18 aprile 2016 n.50, fondato su un meccanismo per il quale i commissari sono scelti: - “...fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC...” ma solo ...mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione; - di norma “non appartenenti alla stessa stazione appaltante” e in via di eccezione “solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante “. In questo quadro, il mancato completamento degli elenchi di esperti “terzi” era un presupposto assolutamente necessario per la nomina di un organo assolutamente separato dalla stazione appaltante, e ciò rendeva impossibile l'applicazione dell'intero impianto, ivi compreso il comma 4 del medesimo art. 77. Nel periodo transitorio, si doveva fare pertanto riferimento al quarto comma del precedente art. 84 per cui "I commissari diversi dal Presidente non devono

aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"» (Cons. Stato, n. 2835 del 2018, *cit.*).

In applicazione di tali coordinate ermeneutiche, nel caso di specie, considerando dunque che la disciplina transitoria doveva essere ricollegata anche al momento di approvazione del bando di gara esame avvenuto il 17 aprile 2018, legittimamente la stazione appaltante ha proceduto alla nomina della commissione di gara con riguardo all'art. 84, co. 4, del previgente d.lgs. n.163 del 2006, per la valutazione delle possibili astratte incompatibilità, secondo cui soltanto i commissari diversi dal presidente non dovevano aver svolto né potevano svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico-amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Neppure sussiste la lamentata incompatibilità in concreto. La giurisprudenza formatasi sugli antefatti normativi dell'attuale disciplina, ha avuto modo di precisare come l'art. 84, co. 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, mirasse a garantire l'imparzialità dei commissari di gara che avessero svolto incarichi relativi al medesimo appalto, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti (Cons. Stato n. 5441 del 2014; *id.* sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; *id.*, sez. V, 22 giugno 2012, n. 3682). Il co. 4 dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016 ribadisce che la preclusione non può che valere che per i soggetti che abbiano avuto incarichi con riferimento al medesimo contratto.

Si è, altresì, precisato come 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 o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il

funzionario responsabile dell'ufficio competente. D'altra parte, per un verso, tale incompatibilità deve riguardare effettivamente il contratto del cui affidamento si tratta e non può riferirsi genericamente ad incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2011, n. 4450; *id.* sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942) e, per altro verso, che la stessa situazione di incompatibilità deve essere fornita adeguata e ragionevole prova, non essendo sufficiente in tal senso il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo la disposizione in questione, in quanto limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione, essere interpretata in senso restrittivo (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 255; *id.* 23 marzo 2015, n. 1565). Tale onere della prova incombe sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242; *id.*, sez. III, 22 gennaio 2015, n. 226). Ancora, alcuna incompatibilità consegue alla sottoscrizione della deliberazione di indizione della gara e di aggiudicazione, trattandosi di atti estranei alla fase di definizione e predisposizione dei contenuti e delle regole della procedura (Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2018, n. 695).

Ebbene, nel caso di specie risulta che il direttore generale della Fondazione ha solo formalmente approvato gli atti della gara in oggetto, che sono stati redatti dalla Publisys s.p.a., cui era stato affidato il relativo incarico, e che tali atti sono comunque approvati dal consiglio di amministrazione della Fondazione nella seduta del 4 aprile 2018, mentre non emerge alcun concreto e diretto intervento o contributo sulla formazione degli stessi da parte del direttore stesso. Neppure parte ricorrente ha fornito alcun concreto elemento probatorio utile a dimostrare la sussistenza di elementi specifici atti a far ritenere che il direttore generale abbia concretamente partecipato alla fase preliminare della formazione degli atti di gara ed abbia comunque svolto

un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'affidamento dell'appalto.

2.2. Non sussiste la lamentata violazione del «principio della perfetta collegialità delle sedute della commissione di gara, con conseguente divieto di partecipazione alle operazioni di soggetti estranei alla commissione». Si è infatti sostenuto che «alla seduta pubblica del 29 giugno u.s., come da verbale n. 4, hanno partecipato l'arch. P.M., direttore esecuzione concessione e il dott. A.G., *project manager* e concessione lavori progetto Cava del Sole, con conseguente palese violazione del predetto divieto sia dal punto di vista formale (presenza di soggetti estranei alla commissione), sia dal punto di vista sostanziale (presenza di soggetti incaricati dalla stazione appaltante di specifiche attività operative relative alla concessione medesima), visto che si tratta di soggetti con specifici incarichi tecnici e amministrativi relativi alla concessione di cui è causa».

Ritiene in senso contrario il Collegio che la presenza di soggetti estranei alla commissione giudicatrice di gare d'appalto infici la legittimità dei lavori di quest'ultima soltanto con riguardo alle operazioni di gara espressione di giudizi di carattere tecnico-discrezionale, mentre al principio della collegialità può derogarsi relativamente ad attività preparazione, istruttorie o strumentali (Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2003, n. 3247; *id.* sez.VI, 27 dicembre 2000, n. 6875; *id.*, sez. IV, 7 luglio 2000, n. 3819). In altri termini, il divieto di integrazione della commissione giudicatrice con soggetti estranei è stato limitato dalla giurisprudenza alla delegazione delle operazioni di gara propriamente valutative, quali la fissazione dei criteri di massima e la valutazione delle offerte (Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2715).

Il divieto non si attaglia al caso di specie, nel quale, da una piana lettura del processo verbale dei lavori della seduta pubblica del 29 giugno, la

commissione giudicatrice si è limitata ad autorizzare l'acquisizione telematiche delle buste tecniche, al fine di verificare la presenza dei documenti richiesti dall'art. 16 della *lex specialis* di gara, e ha concluso i lavori in seduta pubblica proprio all'esito di tale verifica, sicché i citati P.M. e A.G. non risultano aver svolto o comunque influito su attività valutative di sorta.

2.2.1. Parte ricorrente ha poi soggiunto che: «alla chiusura delle operazioni di gara in seduta pubblica alle ore 10:30, sono usciti dalla sala i rappresentanti del RTI ricorrente. Dalle 11:00 alle 18:00, si sono poi svolti i lavori in seduta riservata, verbalizzata, però, con modalità del tutto superficiali e comunque incomplete: invero dalla verbalizzazione risulterebbero presenti solamente i Commissari e non risulterebbe che la sessione dalle 11:00 alle 18:00 non abbia avuto interruzioni di sorta. Viceversa, i Commissari hanno interrotto le operazioni di gara per oltre un'ora al momento del pranzo. Ma come detto, di tale interruzione dei lavori non vi è traccia. Inoltre, anche alla seduta riservata pare abbiano partecipato i predetti soggetti estranei, già presenti in sala al momento (ore 18:00) in cui sono stati fatti entrare i rappresentanti dei concorrenti. Difatti l'arch. M. e il dott. G. hanno poi nuovamente partecipato anche alla seduta pubblica svolta dalle 18:00 alle 19:00».

Per tale parte, la censura è chiaramente inammissibile, sia per difetto d'interesse, quanto alla asserita superficialità delle modalità di verbalizzazione, sia perché formulata in chiave meramente ipotetica e dubitativa in ordine alla presenza dei soggetti esterni anche alle attività della seduta riservata della commissione giudicatrice, mentre il relativo verbale è netto nell'escluderla.

Del resto, il dubbio avrebbe dovuto essere coltivato a mezzo di querela di falso, posto che i verbali di gara sono atti pubblici fidefacenti (*ex multis*, T.A.R. Toscana, sez. III, 6 giugno 2018, n. 812).

2.3. Col terzo motivo si è sostenuto che: «dall'analisi dei verbali allegati

all'aggiudicazione definitiva [...] risulta che il RTI Ega ha modificato radicalmente il progetto di gara, sia per "piegarlo" all'esigenza di realizzare la più parte delle opere pur non avendo capacità e requisiti, sia per poter proporre un prezzo particolarmente basso, riducendo la quantità e la qualità delle maestranze richieste dal progetto predisposto dalla stazione appaltante. Il motivo potrà essere più dettagliatamente illustrato all'esito dell'accesso all'offerta di controparte ed alle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta, ma fin d'ora si deve osservare che non si tratta di mere proposte migliorative ma di veri e propri stravolgimenti del progetto». E' stata poi lamentata la carenza della motivazione delle valutazioni compiute dalla commissione giudicatrice in sede di valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria.

Il motivo è inammissibile per genericità, come esattamente eccepito anche dalla stazione appaltante, non essendo state in prosieguo sviluppata la preannunciata sua illustrazione di dettaglio. E' altresì, inammissibile perché volto a surrogare col proprio giudizio opinabile le valutazioni dell'organo a ciò istituzionalmente preposto. Del resto, il sindacato del Giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice è limitato ai casi di manifesta erroneità o irragionevolezza, nella specie non ravvisabili.

In ogni caso, non sussiste il lamentato difetto di motivazione circa l'attribuzione di 25 punti all'aggiudicataria per il criterio sub A, essendo stati sufficientemente esposti i profili apprezzati in sede di attribuzione del punteggio, nonché quelli di cui al criterio sub B, che peraltro, alla luce dei contenuti della conferenza dei servizi di approvazione del progetto, non configura neppure inammissibile sostituzione di quanto stabilito in progetto.

Risulta in particolare inammissibile, perché generica e meramente assertiva, l'affermazione secondo cui «si deve ritenere che il concorrente abbia

modificato la struttura delle maestranze richieste nel Progetto allegato al bando di gara, tale circostanza avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara per aver ridotto il costo del lavoro, che è incompressibile, o per aver radicalmente modificato il progetto, o comunque per anomalia dell'offerta economica, viceversa incomprensibilmente ritenuta congrua all'esito della relativa verifica da parte del RUP».

2.4. Del pari inammissibile è, infine, la laconica doglianza formulata col quarto motivo di ricorso, per assoluta genericità e in difetto di ogni produzione documentale utile a sostenerne il fondamento, secondo cui: «L'organo amministrativo di Eurostand in data 1 luglio 2018 ha deliberato la presentazione di domanda di concordato preventivo. Si ha quindi fondato motivo di ritenere che la predetta società non sia fornita dei prescritti requisiti di capacità economico-finanziaria».

3. Dalle considerazioni che precedono discende la declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo, quella di irricevibilità del secondo atto di motivi aggiunti, nonché in parte la declaratoria di inammissibilità e per il resto il rigetto del primo atto di motivi aggiunti, nonché la declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale condizionato.

4. Le peculiarità della questione giustificano, a giudizio del Collegio, l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando, ai sensi di cui in motivazione:

- dichiara inammissibile il ricorso introduttivo;
- in parte dichiara inammissibile e per il resto rigetta il primo atto di motivi aggiunti;
- dichiara irricevibile il secondo atto di motivi aggiunti;

- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2019,
con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO