

Pubblicato il 20/10/2020

N. 04637/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00657/2020 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 della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 657 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

GPN S.r.l., con sede in Sant'Antonio Abate alla Via Santa Maria la Carità n. 68, in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Mario Alfano, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Anastasio Pugliese e Michele Anastasio Pugliese, con domicili digitali come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sant'Anastasia, in persona del Sub-Commissario Straordinario dott. Massimo De Stefano, rappresentato e difeso dall'avvocata Antonietta Colantuoni, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli alla Via dei Tribunali n. 181 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

ECOFFICE S.r.l., con sede in Pomigliano d'Arco al Viale Impero snc c/o

Consorzio “Il Sole”, in persona del legale rappresentante amministratore unico pro tempore sig. Giuseppe Troianiello, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Soprano ed Eduardo Riccio, con domicili digitali come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Napoli alla Via G. Melisurgo n. 4;

La Gardenia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

Tek.r.a. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

(quanto al ricorso introduttivo)

- della determinazione n. 74 del 27 gennaio 2020, con cui il Comune di Sant’Anastasia ha proceduto all’aggiudicazione definitiva della gara a procedura aperta per l’affidamento del “Servizio Integrato di Igiene Urbana” - CIG 7986012993 alla Ecoffice S.r.l.;

- di ogni altro atto premesso, connesso e/o consequenziale, ed in particolare:

I) del contratto che, per effetto dell’intervenuta aggiudicazione definitiva, eventualmente dovesse essere stipulato tra la Ecoffice S.r.l. ed il Comune di Sant’Anastasia, da intendersi sin da ora nullo ed inefficace;

II) del verbale di gara n. 6 del 10.01.2020, con cui il Presidente della Commissione di gara, nonché Responsabile ufficio Contenzioso, Gare, Affari legali e Patrimonio del Comune di Sant’Anastasia, ha proceduto all’aggiudicazione provvisoria alla società Ecoffice S.r.l.;

III) dei verbali di gara n. 1 del 19.09.2019, n. 2 del 20.09.2019, n. 3 del 18.11.2019, n. 4 del 16.12.2019 e n. 5 del 08.01.2020;

IV) della determinazione del Responsabile Ambiente n. 1470 del 13 dicembre 2019, con la quale si è proceduto alla sostituzione del Dott. E.L. con l’avv.

Antonietta Colantuoni nell'incarico di Presidente della commissione giudicatrice del seggio di gara e si è provveduto alla nomina di un nuovo commissario di gara nella persona della dott.ssa Paola Maria Maione;

V) del disciplinare di gara, nella parte in cui non indica correttamente i criteri di competenza e trasparenza per l'individuazione dei commissari di gara;

VI) ove occorra, della determinazione n. 881 del 24 luglio 2019 con cui il Responsabile del Servizio Ambiente ha approvato gli atti di gara e la relativa indizione della gara;

VII) ove occorra, della delibera di Giunta Comunale n. 42/2019 con cui sono stati dettati gli indirizzi programmatici per l'esecuzione del servizio integrato d'igiene urbana;

(quanto ai motivi aggiunti)

- del provvedimento del R.U.P prot. n. 0014912 del 5 giugno 2020, di esclusione della GPN dalla procedura per l'affidamento del servizio, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a) e c), e comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

- di ogni altro atto premesso, connesso e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, ed in particolare:

I) della Determinazione dirigenziale n. 452, adottata il 28 maggio 2020 e pubblicata il 1° luglio 2020, nella parte in cui, dopo aver concesso la proroga tecnica alla GPN, dà atto che "l'Ufficio Ambiente sentita l'Avvocatura Comunale, si riserva comunque la possibilità di revocare anzitempo la proroga de qua, nel caso ne ricorrano i presupposti di diritto o anche di mera opportunità";

II) della Determinazione dirigenziale n. 495 adottata il 15 giugno 2020 e pubblicata il 1° luglio 2020, nella parte in cui dà atto, dopo aver concesso la proroga tecnica alla GPN, che "l'Ufficio Ambiente perfezionerà gli atti finalizzati ad una procedura urgente di cui all'art. 63 comma 2 lettera c) del

D.lgs. n. 50/2016, al fine di individuare un soggetto provvisorio cui affidare il servizio di cui in parola nelle more della definizione dell'iter giudiziario”.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sant'Anastasia e della Ecoffice S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore per l'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2020 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con determinazione dirigenziale n. 881 del 24/7/2019 il Comune di Sant'Anastasia ha indetto la gara - CIG 7986012993 per l'affidamento per 5 anni del servizio integrato di igiene urbana (concernente la raccolta e il trasporto dei rifiuti solidi urbani, la gestione del centro di raccolta comunale e il servizio di spazzamento manuale e meccanico delle vie, piazze e aree pubbliche in genere), da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo dell'appalto pari ad € 14.307.260,95, compresi oneri di sicurezza.

Dopo l'espletamento delle operazioni di gara, con verbale n. 6 del 10/1/2020 la Commissione attribuiva i punteggi alle offerte delle ditte rimaste in gara, risultando prima graduata la Ecoffice con punti totali 71,708 (di cui 53,32 per l'offerta tecnica e 18,388 per quella economica), mentre la GPN si collocava al quarto posto con il punteggio complessivo di 59,958 (41,88 + 18,078).

1.1. Con il ricorso introduttivo la GPN (attuale gestore) ha impugnato l'aggiudicazione alla Ecoffice con censure, contenute in quattro motivi,

attinenti a vizi del procedimento e degli atti di gara, impugnando altresì la sostituzione del Presidente e la nomina di altro componente della Commissione (di cui alla determina n. 1470 del 13/12/2019) e, inoltre, il disciplinare di gara per la parte in cui non contiene i criteri per l'individuazione dei commissari di gara.

Si sono costituiti in giudizio il Comune e l'aggiudicataria, esibendo documentazione e svolgendo difese.

L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza dell'8/4/2020 n. 674, confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza della sez. IV dell'11/5/2020 n. 2518.

1.2. In prossimità dell'udienza di merito del 9 giugno 2020 è stato depositato in giudizio il provvedimento prot. 14912 del 5/6/2020, con cui il R.U.P. ha escluso la ricorrente dalla gara per gravi illeciti professionali.

Tenuto conto che il provvedimento non impugnato avrebbe potuto determinare l'improcedibilità del ricorso per difetto di legittimazione della ditta esclusa, con ordinanza collegiale del 10/6/2020 n. 2325 la causa è stata rinviata all'udienza del 14 luglio 2020.

2. - In seguito alla proposizione di motivi aggiunti avverso l'esclusione, è stata poi fissata l'udienza pubblica del 13 ottobre 2020, nell'osservanza dei termini processuali (ordinanza collegiale del 15/7/2020 n. 3141).

Il Comune e la Ecoffice hanno prodotto memorie.

L'istanza cautelare proposta con i motivi aggiunti è stata respinta con ordinanza del 17/9/2020 n. 1668.

3. - La GPN ha esibito documenti per l'udienza di merito.

Il Comune ha depositato memoria, a cui ha replicato la ricorrente.

All'udienza pubblica del 13 ottobre 2020, al termine della discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Precede l'esame dei motivi aggiunti, dal momento che la legittimazione a impugnare l'esito della gara non potrebbe essere riconosciuta al concorrente escluso, derivandone in caso di conferma dell'esclusione l'improcedibilità del ricorso avverso l'aggiudicazione.

1.1. Con il provvedimento prot. 14912 del 5/6/2020 il R.U.P. ha escluso la ricorrente dalla gara, ritenendo sussistenti i presupposti di cui all'art. 80, co. 5, lettere a) e c), del d.lgs. n. 50/2016, in relazione all'accertamento di cui al sopralluogo effettuato il 21/5/2020 presso l'autoparco della GPN dall'U.T.C. e dal Servizio Ambiente, congiuntamente con i Carabinieri Parco Nazionale del Vesuvio - Stazione di San Sebastiano al Vesuvio.

Da esso era risultata la commissione di illeciti di natura ambientale, dettagliatamente descritti e riassunti nella gestione illecita di rifiuti e, in assenza di autorizzazioni, nello scarico in fogna di acque di dilavamento e nell'emissione in atmosfera per l'esercizio di attività di officina meccanica non assentita, oltre all'utilizzo di cisterna per gasolio e, infine, nella realizzazione di opere e trasformazioni di natura urbanistica eseguite in assenza di titoli.

Sulla scorta di ciò, il R.U.P. ha ravvisato l'esistenza di violazioni afferenti a gravi illeciti professionali e infrazioni delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, tali da rendere dubbia l'affidabilità della ditta e giustificanti la sua esclusione dalla gara, ai sensi del cit. art. 80.

1.2. La GPN reagisce avverso l'esclusione, e gli altri provvedimenti impugnati, con cinque censure dei motivi aggiunti.

Sono denunciati l'incompetenza del R.U.P. (primo motivo), la violazione dell'art. 80, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016 (secondo motivo), l'eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti nonché la violazione dei criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali e del principio di proporzionalità e

ragionevolezza (terzo e quarto motivo).

Con l'ultimo motivo è dedotto l'eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta, illogicità e contraddittorietà, con riguardo agli altri provvedimenti impugnati oltre l'esclusione comminata (determinazioni dirigenziali n. 452 del 28/5/2020 e n. 495 del 15/6/2020).

1.2.1. Quanto all'incompetenza del R.U.P., è dedotto che tale organo non avrebbe potuto adottare il provvedimento di esclusione, con riferimento ai compiti specifici ad esso affidati e che non consentono di sovrapporre il suo operato alle funzioni della Commissione di gara, a cui spettava in base al disciplinare (p. 3.4) la decisione sull'ammissione delle ditte e, correlativamente, la valutazione dei motivi per l'eventuale esclusione.

Si afferma che il R.U.P. è deputato ad adottare "le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate" (punto 5.2. delle Linee Guida ANAC n. 3), senza poter svolgere apprezzamenti e considerazioni di esclusiva competenza della Commissione giudicatrice, che peraltro, dopo la determina di aggiudicazione, aveva smesso di operare.

1.2.2. Con il secondo motivo, legandosi a questo aspetto, si sostiene che l'esclusione è stata comminata allorquando era stata già disposta l'aggiudicazione definitiva e oramai concluso il procedimento di scelta del contraente.

Se ne fa discendere l'assoluta illogicità dell'emanazione di un provvedimento di esclusione dopo la chiusura del procedimento di selezione del contraente, non avendo alcun senso l'esclusione di un'impresa collocata al quarto posto della procedura già conclusasi, se non allo scopo di pregiudicare le sorti del ricorso da essa proposto avverso l'aggiudicazione.

L'art. 80, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016 (a tenore del quale "le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura")

è letto nel senso di consentire l'esclusione dell'operatore economico solo nella fase della gara e fino all'aggiudicazione.

1.2.3. Con i restanti motivi sono denunciati vizi dell'esclusione con riferimento ai fatti sostanziali posti alla base della sua adozione, rappresentando di essere in possesso dei titoli abilitativi, come esternato con le controdeduzioni in sede procedimentale (punto 3.1 dei motivi aggiunti), e smentendo la veridicità e rilevanza delle contestazioni, con analitico riguardo a tutti gli elementi ravvisati nel provvedimento di esclusione (gestione illecita di rifiuti, scarico in fogna di acque di dilavamento senza autorizzazione, ecc.: punto 3.2 ss. dei motivi aggiunti).

Viene ulteriormente denunciata la violazione dei criteri stabiliti dall'ANAC per la valutazione dei gravi illeciti professionali (Linee Guida n. 6), esigendosi il rispetto del principio di proporzionalità, la considerazione della specifica attività da svolgere e un apprezzamento complessivo, evidenziando che il Comune di Sant'Anastasia ha sempre confermato la regolare e conforme gestione del servizio di igiene urbana da parte della ricorrente.

1.2.4. Con l'ultimo motivo sono contestate le determinazioni con cui il Comune, concessa la proroga tecnica per la continuazione del servizio, si è tuttavia riservato di revocarla, preavvertendo del perfezionamento degli atti con procedura urgente (art. 63, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016), al fine di individuare un soggetto provvisorio cui affidare il servizio nelle more della definizione dell'iter giudiziario.

È denunciato l'eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta, illogicità e contraddittorietà, adducendo che non vi sono ragioni per impedire alla GPN di continuare a gestire il servizio in regime di proroga tecnica.

2. - Vanno accolti i motivi aggiunti avverso l'esclusione.

Nel provvedimento impugnato si opera un espresso richiamo all'art. 80,

comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 (*"Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5"*).

Dal suo tenore emerge quindi che il R.U.P. abbia valutato che il potere di escludere il concorrente possa mantenersi nella fase posteriore all'aggiudicazione, implicitamente ritenendo ancora in corso la procedura (che, secondo le difese del Comune e della controinteressata, rimane aperta sino alla stipula del contratto).

Rilevato ciò, è fondata ed assorbente la censura con cui si sostiene che l'esclusione non possa invece essere comminata nei confronti del concorrente, qualora sia terminato il procedimento di selezione degli offerenti e si sia pervenuti all'aggiudicazione della gara.

In tale momento, la "procedura" a cui si riferisce il comma 6 citato si è chiusa con la scelta del contraente e non è più possibile escludere altro concorrente non aggiudicatario che aveva partecipato alla gara (mentre a diversi aspetti attiene la possibilità di escludere l'aggiudicatario prima che, con esso, sia stipulato il contratto, la quale corrisponde all'evidente ragione di evitare l'affidamento del servizio a un soggetto non legittimato).

Quanto a tutti i concorrenti, quindi, il riferimento temporale di cui alla norma (*"qualunque momento della procedura"*) va circoscritto alle fasi del procedimento che vede l'esame delle domande e la selezione dell'offerta migliore, culminante con l'aggiudicazione che assegna all'iter pubblicitario compiuto un carattere di definitività (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4/1/2019 n. 107: *"La procedura di gara si conclude solo con l'aggiudicazione definitiva, con cui la stazione appaltante afferma quale sia la concreta scelta del contraente: la convergenza tra offerta dell'aggiudicatario e invito dell'amministrazione è destinata poi ad essere a base della stipulazione del contratto"*).

d'appalto, ma intanto già realizza alcuni effetti stabili già prima del contratto").

Valgono a far ritenere ciò considerazioni di ordine logico e sistematico.

Sul piano logico, alcun effetto utile per la stazione appaltante è rappresentabile nel provvedere all'esclusione del concorrente non aggiudicatario, non mostrandosi alcuna valida ragione per la quale si debba continuare a svolgere la verifica della posizione del concorrente non prescelto.

È chiaro, del resto, che nella fattispecie in esame l'esclusione sia stata disposta sol perché per la gara pendeva il giudizio introdotto dalla GPN (non apparendo che il R.U.P. avrebbe altrimenti continuato a svolgere il proprio compito).

Sotto il profilo sistematico, l'art. 80 si colloca nel Titolo III, Capo III del d.lgs. n. 50/2016, alla Sezione II titolata "Selezione delle offerte", riguardando dunque un ben definito ambito, da cui esorbita la previsione di un potere di esclusione che vada oltre il vaglio delle offerte e consenta in qualunque momento (anche dopo l'aggiudicazione) di rivedere la posizione dei concorrenti.

Milita in tal senso l'argomento che può trarsi dalla sentenza CGUE 19/6/2019 - causa n. 41/18 (su rinvio pregiudiziale operato dalla sez. IV di questo Tribunale con ordinanza del 13/12/2017 n. 5893, in fattispecie di esclusione derivante dal giudizio di inaffidabilità che possa far seguito alla risoluzione anticipata di un precedente contratto).

Dalle sue statuizioni deriva che è demandata all'amministrazione aggiudicatrice la valutazione sull'esclusione, che abbia riguardo all'attività commissiva od omissiva dell'operatore economico *"prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto"* (par. 31), da effettuare *"nella fase della selezione degli offerenti"* (par. 34).

Ciò coerentemente alla Direttiva 2014/24, il cui considerando 102 afferma

che l'operatore economico deve poter vantare la possibilità di adottare e chiedere che siano esaminate le misure opportune, *"ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione"* (sottintendendosi dunque che l'esclusione deve precedere l'ammissione alla gara, ovvero essere disposta fin tanto che quest'ultima sia in corso, sino all'aggiudicazione).

Per le considerazioni che precedono, assorbite le restanti censure, va dunque annullato l'impugnato provvedimento di esclusione.

3. - Vanno invece disattesi i motivi aggiunti, per la parte rivolta agli altri provvedimenti impugnati.

Non è censurabile la scelta del Comune di avviare una procedura urgente per l'affidamento temporaneo del servizio nelle more della definizione della causa. Come già messo in luce dal Tribunale, nella specie l'interesse fatto valere alla rinnovazione della gara non radica in capo alla ricorrente *"una situazione meritevole di tutela nella pretesa alla continuazione del servizio in virtù della cd. "proroga tecnica", di carattere eccezionale, sicché si mostra prevalente l'interesse pubblico a garantire il servizio secondo le scelte reputate più opportune nella circostanza determinatasi"* (ordinanza cautelare del 17/9/2020 n. 1668, conformemente al decreto presidenziale del 16/7/2020 n. 1387).

Inoltre, con la precedente ordinanza dell'8/4/2020 n. 674, pur accordandosi la tutela cautelare sul rilievo che la ricorrente era attuale gestore del servizio, si mantenevano impregiudicate le scelte dell'Amministrazione, anche per assicurarne la regolare e corretta esecuzione.

In ragione di tanto, non sono viziate le determinazioni dell'Amministrazione che, nella cura dell'interesse pubblico, abbia inteso assicurare lo svolgimento del servizio in via d'urgenza e secondo le modalità consentite dal richiamato art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, sulla base dei fatti sopravvenuti e non riscontrandosi l'addotta ingiustizia e/o contraddittorietà, poiché la proroga

tecnica si pone *“in via del tutto eccezionale e per un periodo di tempo strettamente necessario per consentire l'individuazione del nuovo contraente, in ragione del principio costituzionale di continuità dell'azione amministrativa”*, senza che essa ingeneri alcuna posizione intangibile e tale da non poter essere mutata (decreto presidenziale del 16/7/2020 n. 1387, cit.).

4. - Si può ora passare alla disamina del ricorso introduttivo.

Come premesso, sono svolte censure attinenti a vizi del procedimento e degli atti di gara e, in particolare, alla nomina e alla composizione della Commissione.

Preliminarmente, va disattesa l'eccezione sollevata, secondo cui la GPN avrebbe dovuto tempestivamente impugnare la nomina.

È difatti pacifico che quest'ultima, quale atto del segmento procedimentale di gara, non determina alcun onere di immediata impugnazione (cfr. Cons. St., sez. V, 18/7/2019 n. 5058: *"il provvedimento di nomina della commissione è un atto endo-procedimentale adottato dalla stazione appaltante nella procedura di gara, che non produce effetti definitivi per gli operatori economici, né vantaggiosi né lesivi; costoro, pertanto, non hanno l'onere dell'immediata impugnazione, anche se dovessero emergere profili di illegittimità, dovendo attendere, invece, il provvedimento conclusivo del procedimento, id est l'esclusione dalla gara o l'aggiudicazione della stessa ad altro concorrente (per tutte, Cons. Stato, V, 18 ottobre 2018 n. 5958; id. 27 marzo 2017 n. 1373)"*).

Ciò posto, si può procedere nell'esame dei motivi.

4.1. Con il primo motivo si afferma che la Commissione è stata modificata con determina n. 1470 del 13/12/2019 (sostituendo nell'incarico di Presidente il dott. E.L. con l'avv. Antonietta Colantuoni, già componente, e nominando un nuovo commissario), quando era già cominciato l'esame delle offerte tecniche.

Si deduce che, pur non sussistendo una regola di immodificabilità delle

commissioni giudicatrici, non è possibile procedere alla sostituzione dopo aver cominciato le operazioni valutative, poiché alcuni concorrenti verrebbero giudicati da una commissione in diversa composizione rispetto a quella che decide sull'aggiudicazione, in violazione dei principi di imparzialità, professionalità e parità di trattamento (per cui solo le operazioni amministrative compiute dalla precedente Commissione potrebbero essere fatte salve).

Si aggiunge che ciò ha determinato anche un difetto di istruttoria, non avendo i nuovi commissari partecipato alle indicate riunioni in seduta riservata, in cui si è effettuato l'esame della documentazione delle offerte tecniche, non verbalizzate.

È posto in dubbio che la nuova Commissione abbia potuto visionare compiutamente nel contraddittorio tra tutti i membri la documentazione tecnica dei concorrenti, con accento sulla copiosità dell'offerta tecnica della GPN (formata da 14 fascicoli, 5 relazioni e 9 grafici, per un totale di circa 430 pagine).

4.2. Nel secondo e terzo motivo sono denunciate:

a) la mancata individuazione nel disciplinare di gara dei criteri per la scelta dei commissari (nemmeno indicati nell'atto di nomina della Commissione), in violazione di quanto prescrive l'art. 1, co. 1, lett. c), della legge 14 giugno 2019, n. 55, consentendo la nomina di soggetti per nulla competenti rispetto allo specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto;

b) l'incompetenza dei membri che hanno esaminato le offerte e assegnato i punteggi, non essendo composta la Commissione da "da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto", ai sensi dell'art. 77, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016 (viene precisato che al momento della costituzione della Commissione, avvenuta con determina n. 1057 del 19/9/2019, la

maggioranza dei componenti della commissione risultava dotata dei necessari requisiti di idoneità professionale, mentre dopo le successive sostituzioni, di cui alle determinazioni n. 1287 del 12/11/2019 e n. 1470 del 13/12/2019, la proporzione non è stata più rispettata e tre commissari su cinque non avevano alcuna competenza specifica in materia).

4.3. Con l'ultimo motivo si sostiene che risultano violati i principi di pubblicità e trasparenza per quanto riguarda la redazione dei verbali, atteso che ben nove riunioni in seduta riservata non sono state verbalizzate, ovvero che la sintetica confluenza delle risultanze nei verbali n. 4 del 16/12/2019 e n. 5 dell'8/1/2020 non assolve alla specifica esigenza di controllo della correttezza delle operazioni di valutazione delle offerte.

4.4. Le contestazioni della ricorrente sono confutate dal Comune resistente e dalla controinteressata, rilevando che la GPN si è collocata al quarto posto della graduatoria e la tutela dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara esige che sia offerta la prova di resistenza consistente nel dimostrare che la propria offerta avrebbe meritato un punteggio più alto o una valutazione migliore, mentre nella specie non si è compiuto alcun rilievo critico sul giudizio conseguito dalla propria offerta né, comparativamente, si è censurata la valutazione delle offerte concorrenti.

5.- Le censure della ricorrente vanno esaminate valutando dapprima la questione dell'omessa indicazione dei criteri di scelta dei commissari e, in seguito, della competenza di questi ultimi e dell'operato della Commissione.

5.1. Va disattesa la censura sulla mancata indicazione dei criteri di nomina della Commissione, da parte del disciplinare (cfr. art. 3: "La stazione appaltante procederà alla nomina della commissione giudicatrice ai sensi della normativa di vigente ...") e dell'atto di nomina.

Sul punto, questa Sezione ha già ritenuto che "*possono evincersi dai curriculum le*

ragioni della nomina, mentre recede ad irregolarità formale la mancata predeterminazione dei criteri di scelta" (sentenza 11/6/2020 n. 2341, con richiamo all'indirizzo giurisprudenziale per cui "sebbene sia preferibile la previa incorporazione delle regole di procedure in un atto fonte della stazione appaltante, l'operato non diventa illegittimo per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole. Occorre dimostrare che, in concreto, sono mancate le condizioni di trasparenza e competenza": Cons. Stato, sez. III, 10/7/2019 n. 4865).

5.2. L'indagine deve quindi spostarsi sulla denunciata incompetenza dei commissari.

Come sopra sintetizzato, la ricorrente afferma che i commissari non hanno esperienza nello specifico settore dell'appalto in questione ex art. 77, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016, precisando che tale deficit della Commissione si è prodotto per effetto delle successive sostituzioni.

Va pertanto detto che:

- la Commissione veniva inizialmente formata con determina n. 1057 del 19/9/2019 (che per la ricorrente presentava all'epoca una maggioranza di componenti "specificamente competente e dotata dei necessari requisiti di idoneità professionale", con il Presidente Responsabile dell'Ufficio Ambiente e altri due componenti qualificati: pag. 8 del ricorso);
- il Presidente veniva poi sostituito dal Segretario Generale dell'Ente (determina n. 1287 del 12/11/2019);
- anche il nuovo Presidente era sostituito, promuovendo all'incarico l'avv. Colantuoni già componente e nominando un nuovo commissario nella persona del Responsabile AA.GG. e Cultura del Comune (determina n. 1470 del 13/12/2019, impugnata).

La ricorrente non dubita della competenza del Responsabile dell'Ufficio Ecologia del Comune di Massa di Somma e del dipendente dell'ENAM S.p.A.

a comando presso l'Ufficio Ambiente del Comune di Pomigliano d'Arco.

Contesta viceversa la competenza dei componenti dipendenti del Comune di Sant'Anastasia (avv. Colantuoni, Responsabile dell'Ufficio legale; dott.ssa Maione, Responsabile del Servizio AA.GG. e Cultura; dott. Abete, istruttore amministrativo dell'Ufficio Ragioneria).

Dalla prospettazione della parte si ricava dunque che la perdita della competenza della Commissione sia derivata dalla sostituzione del Responsabile dell'Ufficio Ambiente, ravvisando la competenza della maggioranza dei membri nel settore di attività costituito dalla materia "ambientale di gestione del ciclo dei rifiuti e di decoro urbano" (pag. 8 del ricorso).

Ciò posto, la problematica della competenza dei commissari di gara è declinata in giurisprudenza considerando che il riferimento nell'art. 77 cit. allo "specifico settore" *“va interpretato nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debbono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto”* (Cons. Stato, sez. V, 11/9/2019 n. 6135).

Si specifica che, sul piano oggettivo, si ha riguardo alle interrelazioni tra i diversi ambiti, mentre sul piano soggettivo rileva la complementarità tra le rispettive competenze (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28/6/2019 n. 4458: *“il codice degli appalti “non richiede una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto: ciò anche sul presupposto, del resto, che all'esperienza nel "settore" primario, cui si riferisce l'oggetto del contratto, si accompagna una analoga esperienza nei settori "secondari", che con quell'oggetto interferiscono o si intersecano”* (da ultimo, Cons. Stato Sez. III, 24-04-2019, n. 2638).

“La presenza, pertanto, di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa, sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di

complementarietà, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto" (cfr. Cons. Stato, VI, 10 giugno 2013, n. 3203)").

È aggiunto che nella composizione dell'organo si combinano vari fattori, rivolgendosi anche alle necessità dell'Amministrazione e allo scambievole apporto di competenze che i commissari recano al lavoro della Commissione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7/1/2020 n. 83: *"In proposito il condivisibile orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato ritiene, da un lato, che la legittima composizione della commissione presupponga solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3400); dall'altro che il requisito enunciato debba essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere. Non è in proposito necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 17 giugno 2019, n. 4050; 18 giugno 2018, n. 3721; 15 gennaio 2018, n. 181; 8 aprile 2014, n. 1648; VI, 10 giugno 2013, n. 3203; III, 17 dicembre 2015, n. 5706; 9 gennaio 2017, n. 31)"*).

Venendo al caso di specie, esclusa l'incontestata competenza dei commissari di cui s'è detto, va osservato che:

- l'avv. Colantuoni è Responsabile dell'Ufficio Contenzioso, Gare e Patrimonio del Comune;
- la dott.ssa Maione è Responsabile del Settore AA.GG. e Contratti e Vice-Segretario dell'Ente;

- il dott. Abete ha svolto funzioni di titolare di posizione organizzativa dell'Ufficio Ragioneria.

Quanto in particolare all'avv. Colantuoni e alla dott.ssa Maione, dai curriculum si evince che la prima, avvocato dell'Ente dal 16/7/2002, dal 24/5/2016 è titolare della posizione organizzativa "Servizio Affari Legali, Gare e Patrimonio" (con incarichi già ricoperti in precedenza nella medesima posizione ed indicando che la stessa cura le procedure ad evidenza pubblica indette dall'Ufficio Tecnico e da altri uffici, quale Presidente di Commissione di gara o componente), mentre la seconda è titolare della posizione organizzativa di Responsabile del Servizio Affari Generali Contratti e Cultura. Ad avviso del Collegio la composizione della Commissione nella fattispecie all'esame è la risultante dell'unione di differenti professionalità, combinandosi nel consesso tecnico la peculiare esperienza del responsabile dell'Ufficio Ecologia del Comune di Massa di Somma e del dipendente a comando presso l'Ufficio Ambiente di Pomigliano d'Arco (la cui selezione quali membri della Commissione non è controversa, come detto) con la competenza dei soggetti titolari di posizioni organizzative dell'Ente che si riferiscono alla materia della contrattualistica pubblica (a cui si unisce il profilo del soggetto titolare della posizione organizzativa dell'Ufficio Ragioneria, riguardante una competenza gestionale di carattere generale).

Pertanto, la formazione della Commissione non denota deficit di esperienza e professionalità, stante l'esigenza di un "*approccio di natura sistematica e contestualizzata*" (Cons. St. n. 83 del 2020, cit.), in ragione del quale il lavoro della Commissione si dispiega attraverso la sintesi del contributo dato dai singoli componenti, da un lato per gli aspetti strettamente tecnici e, d'altro lato, di natura amministrativa e gestionale.

La funzione della Commissione va riguardata da un punto di vista unitario,

componendo i singoli membri il possesso di professionalità valutabili nel complesso e non tutte giocoforza riferibili ad un unico contesto specialistico in un'accezione troppo ristretta, bastando che sia adeguatamente assicurato l'apporto tecnico-specialistico.

Invero, non è estranea l'esigenza di apporti professionali di membri che, anche in relazione alla posizione rivestita all'interno dell'Ente, consentano alla Commissione nella sua interezza di valutare compiutamente tutti gli aspetti dell'offerta (nella specie, il capitolato speciale d'appalto, all'art. 16, prevede l'assegnazione di punteggi anche per le soluzioni e le proposte sull'informazione presso le utenze e l'attività di orientamento e sensibilizzazione, per il cui esame non è indifferente l'apporto dei commissari con cognizioni di esperienza amministrativa e conoscenza del territorio, aventi funzioni operative all'interno dell'Ente).

Per queste considerazioni va respinta la censura sulla composizione della Commissione.

5.3. Resta da esaminare la questione sul suo operato.

Si è anticipato che la ricorrente sostiene che la Commissione non può essere sostituita dopo l'inizio delle operazioni valutative, sottolineando che i nuovi commissari non hanno partecipato alle riunioni in seduta riservata, di cui non risulta la verbalizzazione, ponendo in dubbio che la nuova Commissione nella sua integrità abbia potuto visionare compiutamente la documentazione tecnica dei concorrenti, con accento sulla copiosità dell'offerta tecnica della GPN (formata da 14 fascicoli, 5 relazioni e 9 grafici, per un totale di circa 430 pagine).

Orbene, trascurando gli opposti rilievi del Comune (il quale ha indicato che il membro subentrante non ha partecipato a tre sedute anziché quattro e ha fatto proprio l'operato della Commissione), il Collegio intende evidenziare che

l'attività della Commissione è culminata nel verbale n. 5 dell'8/1/2020, contenente la valutazione della proposta dei concorrenti, con espressione del giudizio per ciascuno dei sub criteri e l'assegnazione del punteggio.

5.3.1. Tanto considerato, in ordine alla verbalizzazione delle sedute riservate, può farsi applicazione dell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene ininfluente l'eventuale omissione, qualora le valutazioni siano confluite nella decisione collegiale finale, documentando in tal modo la redazione dell'attività e producendo effetti sulla pubblicità esterna dell'operato della Commissione (cfr. Cons. St. n. 4865 del 2019, cit.: *"Ritiene il Collegio, giusto quanto già condivisibilmente affermato dal TAR, che "in assenza di una espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati"*).

5.3.2. Quanto ai dubbi sulla bontà della valutazione, va detto che la ricorrente non sottopone a una debita critica né la valutazione della sua proposta, né i giudizi conseguiti dagli altri concorrenti (pagg. 5-6 verbale cit.), se non con rilievi generali contenuti nelle memorie del 4/4/2020 e del 29/5/2020, non notificate, senza suscitare il contraddittorio e nemmeno perseguendo con iniziative giudiziarie il manifestato intento di accedere alla documentazione tecnica dei concorrenti, di cui all'istanza del 30/1/2020.

A tal proposito, non può darsi corso alla richiesta istruttoria di esibizione delle offerte tecniche, la quale non può supplire all'onere della parte di articolare le proprie censure al riguardo, nel rispetto del contraddittorio (le quali invece

mancano), potendosi in tal caso far ricorso all'azione ex art. 116 co. 2 c.p.a. al fine di avere cognizione dei documenti (anch'essa non proposta).

Emerge che l'analisi delle offerte tecniche è stata riassunta nel suddetto verbale n. 5 dell'8/1/2020 in maniera analitica, con specificazione delle relative voci e l'espressione di un giudizio sintetico comunque articolato, conducendo all'attribuzione dei punteggi che rivelano un significativo scarto tra l'aggiudicataria, che ha ottenuto punti 53,32, rispetto alla ricorrente con punti 41,88 (v. verbale n. 5).

In tale contesto, il Tribunale reputa che non possa accordarsi tutela all'interesse strumentale alla rinnovazione del segmento della gara, in assenza di un apprezzabile indizio di prova sulla concretezza della lesione subita e sulla possibilità che, ove la Commissione avesse diversamente operato, il risultato ottenibile sarebbe stato diverso.

In tema di interesse strumentale, benché nella diversa fattispecie della legittimazione al ricorso, questa Sezione ha di recente statuito che la tutela dell'interesse strumentale *"non può essere dilatata a finalità ultronee e ad un uso "strumentale" del processo (che aprirebbe la strada all'annullamento di una gara senza alcun collegamento con la specifica posizione soggettiva tutelabile), cioè enfatizzandone la nozione [in favore di soggetti che] potrebbero essere mossi da intenti meramente speculativi o emulativi [...], bisognando verificare che la possibilità di raggiungere l'utilità finale attraverso la riedizione della gara si atteggi ad ipotesi non ipotetica e astratta, ove cioè l'interessato non dia prova della concreta esistenza di una lesione non già all'(indistinto) interesse strumentale, bensì all'attuale sua posizione giuridica differenziata e qualificata"* (sentenza del 23/7/2020 n. 3305).

Estendendo il concetto al di là della fattispecie esaminata (per il suo carattere generale e l'immanenza al processo amministrativo della verifica sull'interesse), deve pervenirsi al rigetto della censura concernente l'operato della

Commissione, per ragioni non dissimili da quelle che esigono lo sforzo probatorio da parte dell'interessato ed escludono che lo stesso possa limitarsi alla sola contestazione di una valutazione della P.A. non gradita, senza offrire elementi da cui desumere che la stessa ha con qualche probabilità inciso negativamente nei suoi interessi giuridici meritevoli di tutela (cfr., per il principio, TAR Lazio, sez. II, 20/7/2020 n. 8399, con riferimento all'indirizzo dettante la regola che *“per sconfessare il giudizio della commissione di gara non sia sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (in tal senso, Consiglio di Stato, Sezione V, 8 gennaio 2019, n. 173)”*).

5.4. Per quanto sin qui detto il ricorso introduttivo va dunque respinto.

6. - Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni che precedono, vanno in parte accolti, nei termini suesposti, i motivi aggiunti e deve essere annullato il provvedimento di esclusione, mentre va respinto il ricorso introduttivo avverso l'aggiudicazione e gli altri provvedimenti impugnati.

In ragione della soccombenza reciproca le spese di giudizio vanno interamente compensate tra le parti costituite (non essendovi luogo a provvedere sulle spese per le altre parti non costituite in giudizio), ponendo a carico del comune di Sant'Anastasia il rimborso in favore della Società ricorrente del contributo unificato per i motivi aggiunti, se dovuto e previa regolarizzazione del suo versamento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

a) accoglie in parte i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla il provvedimento del R.U.P prot. n. 0014912 del 5 giugno 2020;

- b) respinge il ricorso introduttivo;
- c) compensa per l'intero le spese di giudizio tra le parti costituite;
- d) pone a carico del Comune di Sant'Anastasia, in persona del legale rappresentante pro tempore, il rimborso in favore della ricorrente del contributo unificato per i motivi aggiunti, se dovuto e previa regolarizzazione del suo versamento.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO