



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 7773 del 2020, proposto da
So.Ge.Si. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'Avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC
indicata in atti;

contro

Società Regionale per la Sanità So.Re.Sa. S.p.A. non costituita in giudizio;
A.S.L. Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'Avvocato Margherita Pagano, con domicilio digitale
come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Roma, viale
Regina Margherita n. 269;

nei confronti

Security Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dall'Avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC
indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi
n. 5;

per la riforma

della sentenza resa in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 4103/2020, resa tra le parti, concernente l'annullamento

a) della determinazione dirigenziale n. 1483 del 16 giugno 2020, con la quale l'ASL NA 1 Centro ha proceduto all'aggiudicazione della gara per l'affidamento dei Servizi di custodia – portierato ed assistenza pubblico (Lotto 2) alla società SECURITY SERVICE S.r.l.; b) dei verbale di gara n. 501 del 03.10.2019, n. 502 del 07.10.2019, del 11 novembre 2019 (I seduta tecnica), del 19 novembre 2019 (II seduta tecnica), del 02 dicembre 2019 (III seduta tecnica), del 11 dicembre 2019 (IV seduta tecnica), del 13 dicembre 2019 (V seduta tecnica), del 17 dicembre 2019 (VI seduta tecnica), del 10 gennaio 2020 (VII seduta tecnica), del 14 gennaio 2020 (VIII seduta tecnica), del 23 gennaio 2020 (IX seduta tecnica), del 30 gennaio 2020 (X seduta tecnica), del 12 maggio 2020, del 3 giugno 2020; c) della disposizione del D.G. n. 21 del 3 ottobre 2019 con la quale l'ASL NA 1 Centro costituiva il Seggio di Gara e la Commissione Giudicatrice; d) della nota prot.n. PI019979-20 del 18 maggio 2020 avente ad oggetto la richiesta di documenti giustificativi e di chiarimenti alle giustificazioni presentate dalla società SECURITY SERVICE S.r.l.; e) della nota prot.n. PI022269-20 con al quale la società SECURITY SERVICE S.r.l. ha riscontrato la richiesta di giustificativi relativamente alla offerta presentata per il Lotto 2; f) ove ritenute lesive e, per quanto di ragione, del Disciplinare di gara, nella parte in cui non indica correttamente i criteri di competenza e trasparenza per l'individuazione dei Commissari di gara; g) di tutti gli atti presupposti, conseguenti, preparatori e, comunque, connessi;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Security Service S.r.l. e della A.S.L. Napoli 1 Centro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2020 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Gianluigi Pellegrino, Margherita Pagano e Antonio Lirosi su delega dell'Avvocato Andrea Abbamonte;

Sentite le stesse parti ai sensi degli artt. 60 e 120 cod. proc. amm., come da ultimo modificato ai sensi dell'art. 4 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali», conv. in l.11 settembre 2020, n. 120 ;

Considerato che con delibera del Direttore Generale p.t. n. 2489 del 28.12.2018, l'ASL NA 1 Centro indiceva una gara di appalto a mezzo di procedura aperta per l'affidamento, per anni uno, del servizio di vigilanza armata, sistema di videosorveglianza, custodia e portierato delle strutture della medesima ASL e, al termine delle operazioni di gara, la Commissione Giudicatrice proponeva al RUP l'aggiudicazione provvisoria del Servizio di Custodia – Portierato assistenza del pubblico (Lotto 2) alla Società SECURITY SERVICE S.R.L., subordinando tale aggiudicazione alla verifica *ex art.* 97 comma 3 del d.lgs. 50/2016 della congruità dell'offerta;

Considerato che in seduta riservata, effettuata in data 3 giugno 2020, il RUP e la Commissione Giudicatrice prendevano atto della comunicazione fatta pervenire dalla Società SECURITY SERVICE S.R.L., ed in fase di verifica della congruità dell'offerta , basata sull'esame comparativo dei prezzi applicati e ritenendo, in ragione delle argomentazioni fornite, non sussistenti profili di irragionevolezza o di decisivo errore di fatto, determinavano che il ribasso offerto dall'operatore economico fosse idoneo ad assicurare la corretta esecuzione della prestazione, coerentemente con quanto indicato nel capitolato e nel disciplinare di gara,

ritenendo giustificata la congruità dell'offerta presentata e con determina dirigenziale n. 1483 del 16 giugno 2020, l'ASL NA 1 Centro approvava i verbali di gara, sicché in data 17 settembre 2020 veniva stipulato il contratto di affidamento del servizio alla Security Service s.r.l., la cui efficacia comunque veniva condizionata dall'esito del giudizio pendente;

Considerato che, con nota 16.22 – 20200213042 del 25 settembre 2020, l'ASL NA 1 Centro dichiarava risolto il contratto con l'odierna appellante e disponeva il passaggio di consegna in data 30 settembre 2020 all'esito della intervenuta aggiudicazione (provvedimenti gravati con i motivi aggiunti notificati in data 28 settembre 2020);

Considerato che il primo giudice rigettava il ricorso essenzialmente richiamando la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che ha osservato che la mancanza di criteri previamente stabiliti *“non determina mai, ex se, l'illegittimità della nomina della commissione perché “occorre dimostrare che, in concreto, siano totalmente mancate le condizioni di trasparenza e competenza (Cons. di Stato, sez. II, n.4865/2019) e comunque la contestazione sul punto deve essere esaminata non in maniera meccanica e formalistica, ma sulla base di una valutazione finalistica della ratio ad essa sottesa; pertanto, ove i principi di competenza e trasparenza non siano in concreto vulnerati, l'eventuale omessa predeterminazione delle ridette regole costituisce un'inosservanza meramente formale, inidonea a ridondare in vizio di legittimità della nomina”*;

Rilevato che avverso la sentenza l'appellante eleva i seguenti motivi di censura:

I. erroneità della sentenza, violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 1, lett. c), d.l. n. 32/19, convertito in l. n. 55/19, violazione degli artt. 77 e 216, co. 12, d.lgs. n. 50/16;

II. erroneità della sentenza sotto ulteriore profilo, violazione e falsa applicazione dell'art. 77, co. 1, d.lgs. n. 50/16.;

Rilevato che si è costituita l'Amministrazione per resistere, in via preliminare eccependo l'inammissibilità del primo motivo di appello laddove l'appellante, reiterando il primo gruppo di censure di ricorso rigettato circa la mancata indicazione dei criteri per l'individuazione dei componenti della Commissione di gara, ha aggiunto, per la prima volta in appello, la denuncia della violazione dell'art. 77 d.lgs. n. 50/16 per la nomina di commissari solo interni in mancanza delle condizioni previste dalla stessa norma;

Rilevato che nel merito l'Amministrazione chiede la reiezione dell'appello, contestando anche la sussistenza del *periculum in mora*;

Considerato che in vista della camera di consiglio l'Amministrazione ha prodotto il contratto di portierato 2010 n. 1344 del 5 maggio 2010 stipulato con SO.GE.SI. s.r.l. e prorogato dalla scadenza nel 2015 ad oggi;

Considerato che con ulteriore memoria di replica l'appellata ha evidenziato la ripetibilità dell'appalto, ribadendo che il combinato disposto degli artt. 77 e 78, Codice Appalti - nella lettura sistematica con l'art. 1 comma 1 dello "Sblocca Cantieri" - non contiene un obbligo di previa determinazione di un vero e proprio "regolamento", ovvero di predeterminazione dei criteri di nomina dei commissari né nel caso in cui i Commissari siano esterni né quando i commissari siano dipendenti interni della Stazione Appaltante;

Considerato che l'appellante con memoria ribadisce la contrarietà alla disciplina appalti della nomina di Commissari interni all'Amministrazione;

Considerato che la ASL ha prodotto – con riguardo alla necessità di conclusione della procedura - la documentazione in ordine alle reiterate proroghe dei servizi;

Rilevato, in via preliminare, che sussistono le condizioni per assumere una decisione in forma semplificata sulla base dell'orientamento della giurisprudenza in ordine alle questioni oggetto di contenzioso, ai sensi ai sensi degli artt. 60 e 120 cod. proc. amm., come da ultimo modificato ai sensi dell'art. 4 d.l. 16 luglio 2020,

n. 76, recante «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali*», conv. in l.11 settembre 2020, n. 120;

Rilevato che è stato dato avviso alle parti della possibilità di decisione in forma semplificata e che nessuna parte ha svolto osservazioni;

Ritenuto, quanto ai motivi di appello, che anche a prescindere dell'eccezione di inammissibilità:

- quanto alle nomine in assenza di albo non vi è motivo di distanziarsi dall'orientamento già seguito dalla Sezione nella menzionata sentenza; in particolare dovendosi richiamare quanto disposto dal comma 12 dell'art. 216, d.lgs. 50/2016, che stabilisce, per l'appunto, 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”;

- inoltre – come evidenziato dall'Amministrazione appellata - questa Sez. III (con la sentenza richiamata n. 4865/2019) ha chiarito che l'assenza di criteri approvati a “monte” delle procedure da parte della stazione appaltante non determina *ex se* l'illegittimità dell'operato “*per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole*”; infatti, il comma 12 dell'articolo 216 non deve essere interpretato letteralmente come necessità di un vero e proprio regolamento, rilevando invece, sotto il profilo sostanziale, che la Commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza, anche per il caso di nomina di componenti interni;

- in questo senso, questo Consiglio pur ritenendo preferibile “*la previa incorporazione delle regole di procedure in un atto fonte della stazione appaltante*”, ha considerato non

persuasiva la tesi dell'illegittimità- *ex se* - dell'operato della stazione appaltante che non si sia dotata di tali regole;

Rilevato che nella specie che occupa il punto 20.5 del Disciplinare appunto prevede già che la nomina della Commissione avvenga prima dell'inizio della fase di valutazione delle offerte, il che garantisce sicuramente la trasparenza della scelta:

“Preliminarmente all'inizio della fase di valutazione tecnica delle offerte, con disposizione della Direzione Strategica della ASL Napoli 1 Centro si provvederà alla nomina della Commissione Giudicatrice deputata, ai sensi dell'art. 77 del Codice, alla valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico”;

Ritenuto, quanto al secondo motivo, peraltro, che la giurisprudenza consolidata ha ribadito che all'interno del Collegio l'esperienza deve essere intesa in modo complessivo ovvero non è necessario che tutti i commissari siano esperti nella procedura di gara o di tutti gli ambiti coinvolti dall'appalto, poiché il dato 'esperenziale', in sostanza, si deve desumere considerando i componenti nel complesso;

Ritenuto che, nella specie in esame, la nomina della commissione giudicatrice appare sufficientemente sostenuta dalla produzione dei curricula dei singoli componenti (in particolare, il Presidente, laureata, ricoprendo l'incarico di Direttore Amministrativo del P.O. San Giovanni Bosco e Presidio sanitario intermedio NA EST; un componente, laureato, ricoprendo l'incarico di Responsabile dell'Ufficio Economato Centrale; l'ultimo componente, in possesso di diploma di Scuola secondaria superiore di elettricista installatore ed elettromeccanico, ricoprendo l'incarico di Responsabile dell'installazione di sistema di videosorveglianza e antintrusione presso le farmacie distrettuali);

Ritenuto che, in sintesi, le censure dell'appellante si appalesano in vero dirette a delegittimare l'operato della Commissione al fine di sindacarne il giudizio tecnico, ma, a riguardo, deve richiamarsi il costante orientamento, alla luce del quale “la

valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta; per cui, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma devono ritenersi inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a.”(cfr. Cons. Stato Sez. V, 6 maggio 2019, n. 2893 Consiglio di Stato sez. IV 31 agosto 2018 n. 5129; Consiglio di Stato sez. IV 09 luglio 2018 n. 4153; Consiglio di Stato , sez. V , 22/03/2016 , n. 1168, Consiglio di Stato, sez. V , 26/03/2014 , n. 1468);

Ritenuto, pertanto, che l'appello deve esser respinto e per l'effetto, deve essere confermata la sentenza di primo grado appellata;

Ritenuto che, tuttavia, si rinvencono giusti motivi per compensare le spese della presente fase di giudizio in ragione comunque delle difficoltà determinate della mancata attuazione della disciplina specifica attinente all'albo dei commissari ed in considerazione anche della rapida definizione del giudizio;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 4103 del 2020.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Solveig Cogliani

Michele Corradino

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI