

Publicato il 27/04/2023

N. 00673/2023 REG.PROV.COLL.  
N. 00884/2022 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 Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 884 del 2022, proposto da I.C.M. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Acquedotto Pugliese S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ada Carabba, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Htc Costruzioni e Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Dalloiso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, corso Cavour n. 124;

Idrovelox di Petrelli Franco & Figli S.r.l., Società Opere Costruzioni Idrauliche S.r.l., non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento,*

- a) del provvedimento di aggiudicazione al R.T.I. HTC Costruzioni e Servizi S.r.l. (mandataria) -Castiglia S.r.l. (mandante) della gara aperta (CIG 9078369B16) ex artt. 123 e 60 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento, mediante lo strumento giuridico dell'accordo quadro da concludersi con un unico operatore economico, dei Servizi e dei Lavori di manutenzione delle Reti idriche e fognarie, Ambito Territoriale n. 16, comunicato con nota in data 30 giugno 2022, n. 41859, del Responsabile Area Approvvigionamento Servizi di Acquedotto Pugliese S.p.A.;
  - b) dei verbali di gara, ed in particolare quelli di valutazione delle offerte e la proposta di aggiudicazione, approvati con provvedimento del Direttore procurement in data 30 giugno 2022, n. 41797, anch'esso impugnato;
  - c) del provvedimento del Direttore procurement di nomina della commissione giudicatrice in data 22 marzo 2022, n. 18650;
  - d) per quanto occorrer possa, del bando e del disciplinare di gara;
  - e) di ogni altro provvedimento e/o atto, cognito e/o incognito, presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale o comunque lesivo, ivi inclusi, ove occorrer possa;
- nonché, ancora:
- f) per la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto;
  - g) con riserva del risarcimento dei danni subiti e subendi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese S.p.A. e di Htc Costruzioni e Servizi S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2023 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori Giuseppe Russo, Ada Carabba e Raffaele Dalloiso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la ditta I.C.M. s.r.l. ha impugnato gli atti meglio indicati in epigrafe chiedendone l'annullamento.

La deducente, collocatasi al terzo posto della graduatoria stilata dalla commissione di gara, assume di aver partecipato ad una procedura aperta ex art. 123 e 60 del decreto legislativo n. 50 del 2016, indetta da Acquedotto pugliese s.p.a. per l'affidamento, mediante lo strumento giuridico dell'accordo quadro, da concludersi con unico operatore economico, dei servizi e dei lavori di manutenzione delle reti idriche e fognarie, ambito territoriale n. 16 – CIG 9078369B16, con importo a base d'asta pari a € 13.349.978, 37, di cui € 300.812, 77 per costi della sicurezza non soggetti a ribasso.

L'impresa lamenta, in estrema sintesi, la nomina della stessa commissione di gara che aveva valutato solo qualche mese prima la sua offerta tecnica, unitamente a quella di altri operatori economici partecipanti ad altra procedura ad evidenza pubblica avente il medesimo oggetto e da aggiudicare secondo gli stessi criteri di valutazione, denominata gara 14 lotti.

A sostegno del gravame ha articolato il seguente unico gruppo di censure: 1. VIOLAZIONE DI LEGGE (art. 77 e 42 d.lgs. 18.4.2016, n. 50). VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, IMPARZIALITA', EFFICIENZA ED EFFICACIA. DIFETTO E CARENZA DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Htc per resistere al ricorso del quale ha chiesto il respingimento siccome infondato.

Anche la stazione appaltante Acquedotto Pugliese s.r.l. si è costituita in giudizio ed ha insistito per il respingimento del ricorso.

Le parti hanno poi versato in atti memorie di ulteriore precisazione delle posizioni assunte in corso di causa.

Con ordinanza cautelare n. 431/2022, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare della ricorrente sulla scorta della seguente motivazione: "Rilevato, a una sommaria delibazione propria della presente fase cautelare del giudizio, che le censure proposte da parte ricorrente non sembrano favorevolmente

apprezzabili, considerato che, in particolare: - l'articolo 77, comma 3 del decreto legislativo n. 50/2016 allo stato attuale risulta "inapplicabile" fino al 30 giugno 2023, per effetto dell'art. 1, comma 1, lettera c) del decreto legge n. 32/2019 e ss.mm.ii.; sicchè, non potendo le Stazioni appaltanti attingere all'Albo da istituire presso l'A.N.A.C., non appare potersi ritenere operativa nella sua attuale formulazione nemmeno la disposizione (strettamente connessa e applicabile unitamente al resto della disposizione) che, in deroga alla regola della nomina tramite Albo, consente alle Amministrazioni solo in via eccezionale di nominare membri interni tra i componenti della Commissione rispettando il principio di rotazione, ad esclusione del Presidente (T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sezione Prima, 3 dicembre 2021, n. 504; T.A.R. Lazio, Roma, Sezione Terza, 3 luglio 2021, n. 7852; T.A.R. Piemonte, Torino, Sezione Seconda, 2 marzo 2022, n. 170); - l'inoperatività dell'Albo dei commissari sembra lasciare esclusivamente fermo "l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante", come sancito dalla stessa norma transitoria di cui all'art. 216, comma 12, del decreto legislativo n. 50/2016; - il principio di rotazione, peraltro codificato solo in ipotesi particolari dall'invocato art. 77, comma 3 del decreto legislativo n. 50/2016, non appare costituire un vincolo rigido e un criterio immanente al sistema degli appalti pubblici, come dimostrato dalla necessità, ritenuta dal Legislatore, di prevedere apposita disposizione speciale (appunto, il comma 3 dell'art. 77 del decreto legislativo n. 50/2016); - Ritenuta, inoltre, l'insussistenza del prescritto pregiudizio di estrema gravità e urgenza, considerato, in particolare, che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, risulta prevalente l'interesse pubblico alla celere definizione delle procedure e alla esecuzione dei servizi in questione (già consegnati in via di urgenza con decorrenza dal 9 agosto 2022) e che le esigenze di tutela della Società ricorrente sono garantite dalla sollecita fissazione del giudizio di merito innanzi a questo T.A.R., come indicata in dispositivo, attesa anche la durata dell'appalto, la natura del modello di

affidamento prescelto (accordo quadro - cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sezione Terza, 22 luglio 2020, n. 4981 e giurisprudenza ivi citata - Consiglio di Stato, Sezione Quinta, ordinanza 31 gennaio 2020, n. 425) e la risarcibilità dei dedotti interessi;

La controversia è stata posta in decisione alla udienza pubblica del 18 gennaio 2023.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato e va respinto.

La violazione dell'art. 77 del decreto legislativo n. 50 del 2016 nelle articolazioni evidenziate dalla ricorrente non può dirsi sussistente.

Il comma 3 della citata disposizione legislativa stabilisce che “I commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'articolo 78.”

La disposizione in questione risulta sospesa in via sperimentale ai sensi dell'art. 1 del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, recante “Modifiche al codice dei contratti pubblici e sospensione sperimentale dell'efficacia di disposizioni in materia di appalti pubblici e in materia di economia circolare”, convertito dalla l. n. 77/2020, nel testo successivo alle modifiche apportate dal d.l. 24/2/2023, n 13.

Tale ultima norma prevede, infatti, che fino al 30 giugno 2023 non trova applicazione a titolo sperimentale l'articolo articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

In presenza di siffatto quadro normativo, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che “L'operatività dell'art. 77, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui impone alle Stazioni appaltanti l'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui al successivo art. 78, è

stata sospesa fino al 30 giugno 2023 dall'art. 1, comma 1, lett. c), d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla l. n. 77/2020. Resta fermo, a mente della predetta disposizione di proroga, l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna Stazione appaltante. Quindi, il principio di rotazione dei commissari, peraltro codificato solo in ipotesi particolari dal richiamato art. 77, d.lgs. n. 50/2016, non costituisce un vincolo rigido nel sistema dei pubblici appalti.” (da ultimo: T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 11/01/2022, n.18).

Va pertanto esclusa, nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, la violazione dell'art. 77, comma 3 del d.lgs. 50/2016.

A sua volta, l'art. 77, comma 6 – della cui violazione si lamenta l'impresa ricorrente - del sopra citato codice dei contratti pubblici stabilisce che “Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice. Sono altresì esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.”

Le norme di cui agli articoli 35 bis del decreto legislativo 165 del 2001, 51 del codice di procedura civile e 42 del codice dei contratti pubblici hanno effetti impeditivi della nomina, quali componenti di commissione giudicatrice di procedure ad evidenza pubblica, di soggetti che abbiano riportato condanna, a anche con sentenza non definitiva, per un reato contro la pubblica amministrazione; esse sono inoltre dirette a prevenire, in termini generali, la designazione, quali membri di commissione giudicatrice, di soggetti in posizione di conflitto di interessi.

L'articolo 42 del decreto legislativo n. 50 del 2016 chiarisce cosa debba intendersi per conflitto di interesse fornendo una delimitazione del concetto atta a ricomprendervi ogni situazione in cui il componente della commissione

giudicatrice sia portatore di un interesse incompatibile con il principio di imparzialità della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 della Cost.

L'art. 51 del codice di procedura civile codifica con carattere di tassatività le ipotesi in presenza delle quali opera l'astensione obbligatoria del funzionario, dispositivo specifico diretto a prevenire i casi in cui l'esercizio del munus pubblico è caratterizzato da opacità ovvero dal sospetto di mancanza di imparzialità.

L'impresa ricorrente ha segnalato, a più riprese, l'esigenza di assicurare che la commissione giudicatrice valuti le offerte tecniche formulate dai concorrenti in condizioni di serenità di giudizio, di imparzialità, di assenza di pregiudizio; il che risulterebbe compromesso nel caso in cui la commissione giudicatrice, che ha già valutato offerte tecniche degli stessi concorrenti, precedentemente formulate in una procedura ad evidenza pubblica avente il medesimo oggetto, venga nuovamente designata in tutta la sua composizione in altra gara.

Ritiene, in particolare, la ricorrente che il fatto che l'offerta tecnica formulata nella cd gara 14 lotti sia stata valutata dalla stessa commissione giudicatrice abbia avuto ripercussioni sulla neutralità del giudizio della medesima relativo al presente appalto.

Osserva il Collegio che il principio di neutralità dei componenti della commissione giudicatrice non può comportare un obbligo di astensione generalizzato.

In altri termini, tutte le situazioni in cui taluno versa in condizioni di incompatibilità nell'assunzione di un incarico di carattere pubblicistico, come nel caso della designazione quale componente della commissione giudicatrice di una procedura ad evidenza pubblica vanno configurate quali limitazioni della capacità giuridica generale del soggetto. In quanto tali, esse sono insuscettibili di interpretazione per analogia, vigendo il divieto di cui all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

Ciò comporta che, al di là delle ipotesi tassative di conflitto di interesse contemplate dal legislatore, la stazione appaltante ha solo l'obbligo di

procedere alla nomina della commissione giudicatrice secondo criteri di competenza e trasparenza, in modo tale da garantire un adeguato livello di conoscenze tecniche in chi compie valutazioni discrezionali senza dar vita a designazioni caratterizzate da opacità.

Né può dirsi sussistente un conflitto di interesse in capo alla commissione di gara per il sol fatto che la stessa abbia operato in precedente procedura ad evidenza pubblica in mancanza di prova in ordine alla totale identità dell'offerta tecnica, e in relazione al condizionamento che i commissari possano aver subito nella gara da ultimo svoltasi.

L'impresa ricorrente non fornisce alcuno spunto in merito.

Ne discende che le violazioni lamentate restano sul piano delle teoriche enunciazioni ma non si traducono nella concreta indicazione di elementi di prova dai quali possa desumersi che chi ha valutato l'offerta tecnica della concorrente in una gara non possa svolgere analoga funzione avuto riguardo ad altra procedura pubblica.

Il fatto che la commissione giudicatrice sia la stessa che ha svolto funzioni in una gara immediatamente precedente non rileva di per sé, quale elemento sintomatico di un condizionamento nelle operazioni affidate alla commissione, attesa l'autonomia della procedura ad evidenza pubblica di cui si discute.

Alla stregua delle argomentazioni che precedono il ricorso è respinto.

Le spese processuali possono essere compensate attesa la natura della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF, Estensore

Giacinta Serlenga, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Carlo Dibello**

**IL SEGRETARIO**